

El concepto de lo Misional Permanente y la tercerización ilegal

*Análisis sociológico y de la jurisprudencia
de las Altas Cortes colombianas*

Julio Puig Farrás y Viviana Osorio Pérez



ensayos laborales 22

EDICIONES
ens ESCUELA
NACIONAL
SINDICAL

Ensayos laborales/veintidós

***El concepto de lo Misional Permanente
y la tercerización ilegal***

***Análisis sociológico y de la jurisprudencia
de la Altas Cortes Colombianas***

Julio Puig Farrás y Viviana Osorio Pérez

EDICIONES
 **mens** ESCUELA
NACIONAL
SINDICAL

Primera edición: Marzo 2014
© Escuela Nacional Sindical
Apartado Aéreo 12175,
Medellín, Colombia

Autores:

Julio Puig Farrás

Sociólogo, Ciencias Políticas, Ciencias Administrativas

Viviana Osorio Pérez

Negocios Internacionales, Universidad de San Buenaventura, tesista en Derechos U. de A.

Fotografía de portada:

“Comedor Migrante”, Ernesto Ramírez Bautista, México, 2013

Diagramación e impresión:

Pregón S.A.S. Medellín

ISBN: 978-958-8207-61-2

Para esta publicación la Escuela Nacional Sindical contó con el apoyo de
el Centro de Solidaridad de la AFL-CIO



Se puede reproducir total o parcialmente por cualquier medio,
previo permiso de los editores.

CONTENIDO

Introducción	5
I. Algunas precisiones terminológicas y conceptuales	9
II. Actividad misional e intermediación laboral (en la literatura sobre gestión y sociológica del trabajo)	24
III. Lo misional permanente desde la jurisprudencia de las altas cortes colombianas y la doctrina de la OIT	54
4. Algunos indicadores señalados por la OIT: el <i>grado de integración en la organización</i> y su aplicación tácita en Colombia	116
5. Compendio de los indicadores para determinar si una actividad es misional o permanente	125
6. Preguntas para hacerse en casos concretos para determinar si la actividad desarrollada es misional o permanente	129
7. Hacia un concepto de lo misional y permanente	131
8. Cuadro resumen. Aplicación de los criterios e indicadores a situaciones ilegales de intermediación y externalización. Integración e interacción de los criterios e indicadores.	134
BIBLIOGRAFÍA	151

INTRODUCCIÓN

Vasto y de profundo contenido es el sustrato filosófico-jurídico que sustenta la necesidad de desarrollar mecanismos para descubrir relaciones laborales ambiguas o de naturaleza distorsionada a través de la tercerización e intermediación ilegales. La infortunada realidad de precarización de las y las/los trabajadores en Colombia que se ha venido agudizando con el fenómeno de externalización menoscaba frontalmente los más insoslayables principios constitucionales, e incluso en su forma legal genera riesgos que comprometen profundamente la realización de los derechos laborales individuales y colectivos de las y las/los trabajadores colombianos. Los principios de igualdad, estabilidad laboral, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía de la seguridad social y la protección especial a las mujeres, consagrados en el artículo 53 superior, parecieran desvanecerse en un panorama en el que el contrato de trabajo ha pasado de ser la excepción a la regla general en sintonía con una libertad cuasi-irrestricta de empresa, sin mencionar que desconocen los tratados y convenios internacionales que enmarcan la noción de trabajo decente.

En primer lugar, el principio de igualdad aparece comprometido cuando en una misma organización, e incluso realizando las mismas funciones, se dan diversas modalidades de contrata-

ción con espectros variables de garantías laborales. De otro lado, el riesgo de desempleo recurrente que encarna la externalización compromete la estabilidad laboral y, como lógica consecuencia, la garantía de seguridad social. Las mujeres, que en la intermediación laboral realizada por empresas de servicios temporales (EST) representan el 45%, jóvenes en su mayor proporción¹, encuentran en esta modalidad de contratación otra forma de precarización que está lejos de ser un escenario para realizar las aspiraciones personales y cuya naturaleza se ha planteado como excusa para negar la protección a las mujeres en estado de embarazo o lactancia. A las y los trabajadores tercerizados se les niega también el derecho de asociación, en cuanto a que no se les permite conformar organizaciones sindicales en las empresas en las que ejercen su actividad.

La buena fe y la primacía de la realidad sobre las formas son principios o indicadores extrajurídicos sustentados en la concepción de la/el trabajador como parte débil en la relación laboral, que han sustentado la decisión a cerca de la existencia de contrato realidad, esto es, de una relación laboral directa cuando en las formas se presenta alguna forma de externalización de la actividad vía contratos civiles, comerciales, administrativos o fraccionamiento de capital.

La OIT señala que el principio de primacía de la realidad implica que para verificar la existencia de una relación de trabajo es necesario guiarse por los *hechos*, y no por su forma o la denominación que las partes le hayan dado, así que la existencia de una relación de trabajo depende de si se han satisfecho o no ciertas condiciones objetivas, y no de la manera como cada una de las partes o ambas califiquen la relación entre ellas.²

En el mismo sentido, la jurisprudencia colombiana y la doctrina, a la luz del artículo 53 referido, se han orientado a que la

1. VÁSQUEZ, Héctor. (2013). Una mirada al trabajo temporal en Colombia y a las Empresas de Servicios Temporales. En: Agencia de Información Laboral. Febrero 27 de 2013. Disponible en: [<http://www.ens.org.co/index.shtml?apc=Na--;4;-;-&x=20167432>]
2. OIT: La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. P. 8. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>

aplicación de las normas laborales dependan cada vez menos de una situación jurídica subjetiva, a más de una objetiva, existente con independencia del acto que condiciona su nacimiento, ya que *“aparecen circunstancias claras y reales, suficientes para contrarrestar las estipulaciones pactadas por las partes, por no corresponder a la realidad presentada durante el desarrollo del acto jurídico laboral.”*³

Con la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma se busca asegurar el imperio de la buena fe que debe revestir a todos los contratos, haciendo que surja la verdad real, lo cual *“[...] desde luego en el litigio tendrá que resultar del análisis serio y ponderado de la prueba arrimada a los autos, evitando la preponderancia de las ficciones que con actos desleales a la justicia, tratan de disimular la realidad con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o convencionales.”*⁴

Con fundamento en lo anterior, estos dos principios comportan el sustrato axiológico en la tarea de conceptuar el carácter de misional permanente de una actividad para alcanzar el cometido de descubrir situaciones de externalización e intermediación laboral ilegales, así como de desprotección de derechos laborales a partir del rediseño empresarial por fraccionamiento de capital. La conjunción de estos dos principios orienta, asimismo, el uso de alternativas jurídicas como la declaratoria de unidad de empresa o de grupo empresarial, que se abordarán en su momento, en casos en los cuales se fracciona estratégicamente el capital para generar situaciones de desprotección laboral.

En últimas, la externalización resulta ser la expresión de la mercantilización del trabajo, comprometiendo en sus fibras más íntimas la dignidad humana, y de forma más exacerbada cuando tal es ilegal. De hecho, la jurisprudencia ha señalado que el deber de promover el empleo “responde a un imperativo de la dignidad de la persona humana, porque busca dar una respuesta, no sólo a los requerimien-

3. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de abril de 2012. Radicado 39600. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

4. Ibídem

tos materiales de las personas, sino también a sus necesidades de autosuficiencia, realización personal y contribución a la vida social, [...] [así], lo que protege la Carta no es el trabajo como concepto abstracto, sino ‘al trabajador y su dignidad’”⁵, considerando además que “la garantía de condiciones de dignidad en el trabajo tiene particular sentido cuando existe oposición de intereses y se interviene en favor del extremo más débil de la relación”⁶.

La investigación que se presenta, atiende justamente a la necesidad de contar con elementos para determinar la ilegalidad en casos en los cuales se hace uso de la tercerización e intermediación laboral.

El documento está compuesto **I)** por un primer acápite en el cual se realizan algunas precisiones terminológicas y conceptuales para clarificar la discusión a lo largo del texto en atención a la inexistencia de un consenso en este sentido en materia de externalización laboral; **II)** en segundo lugar se hace un análisis desde la sociología del trabajo, las teorías administrativas y del mercado lo que representa y se define como actividades misionales permanentes; **III)** En el tercer componente, se realiza un análisis de la jurisprudencia de altas Cortes y la doctrina de OIT y se decantan un conjunto de indicadores y criterios para sustentar la ilegalidad de las relaciones laborales directas y tercerizadas cuando encubren o disfrazan una verdadera relación laboral directa, presentándose al final una serie de esquemas que permiten tener una mayor comprensión de lo propuesto.

5. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-645 DE 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

6. Ibidem.

I. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES

Subcontratación, tercerización y externalización, generalmente son sinónimos en todos los campos disciplinarios y para todos los actores económicos. Son términos que designan un fenómeno que en los últimos 30 años ha conocido en todas partes un desarrollo avasallador y se ha revestido de unas formas profundamente nuevas.

En Colombia, este fenómeno, cuyos efectos generales de precarización de la condición de los trabajadores son sobradamente conocidos, se ha vuelto un tema candente en el mundo del trabajo ya que las políticas laborales del actual gobierno han afectado a los trabajadores con ciertas modalidades de intermediación y tercerización.

En este artículo se pretende clarificar los conceptos básicos y hacer un reporte sobre regulaciones que la legislación colombiana establece respecto a la intermediación laboral y la externalización de actividades.

Subcontratación, tercerización, externalización: un mismo concepto

Efectivamente, estos tres términos suelen utilizarse con el mismo significado. Sin embargo, el de uso más antiguo es el de subcontratación —en particular en las legislaciones laborales— y,

el más en boga, es el de externalización (neologismo por *outsourcing*). Además, es bajo este último vocablo y por su sentido etimológico que el concepto del fenómeno puede entenderse y especificarse más adecuadamente.

Pues bien, la externalización (sacar u obtener afuera de la empresa) se subdivide en dos tipos: la “externalización de actividades” y la “externalización laboral” o de mano de obra o fuerza de trabajo.

Externalización (subcontratación, tercerización) de actividades. Tiene como objeto el giro del negocio llamado también actividades características, *core business* o, en las normas recientes colombianas sobre intermediación laboral ilegal, actividades misionales permanentes, así como las actividades de soporte o apoyo denominadas también periféricas, complementarias, etc. Hay externalización de actividades cuando una entidad confía (transfiere) a otra entidad externa (jurídica o natural) la ejecución con autonomía de unas actividades, perdiendo así el control directo de dicha ejecución. Esto es lo que representa el criterio primordial de la externalización y no la ubicación geográfica de la entidad subcontratista y de sus trabajadores en la ejecución de su labor. Ahora bien, la externalización tiene tres tipos básicos: *i)* la empresa externalizadora venía realizando una determinada actividad con activos y personal propios y se deshace definitivamente de la misma transfiriendo al subcontratista esos activos y ese personal, o despidiendo a estos últimos; *ii)* la empresa subcontrata nuevas actividades que nunca había realizado; *iii)* la empresa confía a otra la ejecución de un incremento transitorio o definitivo de actividades (de giro o soporte) sin la transferencia de los recursos correspondientes. En los dos primeros casos los sociólogos hablan de subcontratación de *especialización* y, en el tercero, de *volumen o capacidad*.

El contrato de prestación de servicios, cuando la ejecución de las actividades se realiza sin subordinación, en el sentido del derecho laboral, respecto al beneficiario (es decir, cuando se está en presencia de un trabajador realmente independiente), corresponde a una externalización de actividades. También en principio sería el caso de una cooperativa verdadera que sub-

contrata actividades y sus asociados las ejecutan sin subordinación respecto a la entidad cliente o beneficiaria. Pero, ¿cómo imaginar que un sindicato pudiera ejecutar un contrato sindical en estas mismas condiciones, y usando por lo demás sus propios medios de trabajo y producción, que es lo que se le exige a una cooperativa?⁷

Externalización (subcontratación, tercerización) laboral. Se habla de externalización laboral cuando son solo los trabajadores quienes son “externos” —definiéndose su externalidad por el hecho de que no media entre ellos y el beneficiario de su trabajo un contrato laboral, es decir, que no forman parte de la planta de personal de este—, pero estando efectivamente subordinados a dicho beneficiario en el desarrollo de sus actividades. Aquí también prima el criterio de control geográfico, no importando que la prestación laboral ocurra en las dependencias del beneficiario o en otro lugar, desde que haya efectiva subordinación.

La intermediación laboral, legal o ilegal, la temporalidad indirecta (empresas de servicios temporales), los préstamos de trabajadores entre empresas de un mismo grupo empresarial, el trabajo a domicilio y los seudoindependientes, son formas particulares de externalización laboral (Bronstein, 1999).

Usos incongruentes de términos

Algunos términos se usan, aunque en forma convencionalmente aceptada, con un sentido contrario a sus connotaciones etimológicas, o con un objeto variable.

Contratista y subcontratista. Tradicionalmente, en ciertos derechos laborales, cuyas normas se ajustaban a las prácticas observables en los campos de las obras públicas y la construcción, se hablaba de subcontratista cuando había un contratista, y de contratista cuando había primero un contratante o comitente. Y

7. El Decreto 1429 de 2010, le exige a los sindicatos “autonomía administrativa” e “independencia financiera” para ser parte de un contrato sindical; mientras que el Decreto 2025 de 2011, les impone además a las cooperativas de trabajo asociado (CTA) y a las precooperativas de trabajo asociado (PreCTA) “propiedad y autonomía en el uso de los medios de producción”. ¿Será una discriminación sostenible?

esta terminología era conforme al sentido etimológico de subcontratación y subcontratista. Consecuentemente, para una única operación de externalización, se hablaba de contratante y contratista. Actualmente, se habla sin miramientos de subcontratación y subcontratista a propósito de esta operación simple de externalización de actividades entre dos empresas.

Sin embargo, en sociología, para evitar toda confusión, dada la existencia actualmente de externalizaciones en cascada a lo largo de cadenas productivas, se indica el rango del subcontratista respecto a la empresa desde la cual se inicia la cascada: subcontratista de primer rango (contratista, en la terminología tradicional), subcontratista de segundo rango [...], y subcontratista de rango *n*. Cabe señalar que el Artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo (CST), fuente en Colombia de la regulación de la externalización de actividades que se remonta a los años cincuenta, emplea aquella terminología tradicional: *dueño de la obra* (para comitente o contratante), y *contratista*, *subcontratista* pensado para aquellas pequeñas cadenas de tres eslabones, propias de la construcción y las obras públicas.

Tercerización. Como externalización, esta palabra es de curso más reciente que la de subcontratación. Etimológicamente implica la intervención de un tercero en una situación donde ya están presentes dos personas. En las distintas modalidades de intermediación laboral, se respeta literalmente esta connotación: amén de la empresa beneficiaria y controladora de la prestación laboral y del trabajador que la efectúa, se tiene la entidad intermediaria. No así con la otra forma particular de subcontratación laboral, como es el contrato de prestación de servicios, ni con todos los casos de externalización simple de actividades. No obstante, con imaginación se podría forzar la aparición de algún tercer actor en el escenario, o encontrar alguna explicación a esta anomalía semántica.

Terceros. Aparte de no ser a menudo el “tercero” una tercera persona, su uso adolece de otra curiosidad: su asignación es variable, dependiendo del actor que se toma como punto de vista. Ejemplos: si bien en la intermediación laboral el “tercero” suele ser la entidad que suministra la mano de obra, para el Decreto

2025 de 2011 “el tercero contratante” es la empresa beneficiaria de la prestación laboral; y en la industria de la confección del Valle de Aburrá, para el maquilador el “tercero” es la empresa para la cual trabaja, y para esta el “tercero” es el maquilador.

Relaciones triangulares o triangulación. En principio, el uso de la metáfora del triángulo, no sería plenamente lícita sino cuando hubiera tres actores y tres relaciones. Esto es únicamente el caso en la intermediación laboral. Algunos autores (Bronstein, 1999) se atienen a esta aplicación restringida; pero otros la extienden prácticamente a todas las formas y tipos de externalización (OIT, 2006, p. 43; Uriarte y Colotuzzo, 2009, p. 29).

Intermediación laboral legal e ilegal

Como se dijo, y se enfatiza, la intermediación laboral es una forma –aunque no la principal– de tercerización (o subcontratación, o tercerización) laboral. Acerca de esta, la política que el presente gobierno ha adelantado se está centrando en, de un lado, la prohibición de un tipo de modalidad de intermediación practicada masivamente y, de otro, la institución o reformulación de otras modalidades. Para los fines de esta política, el gobierno contaba ya con algunos soportes legales en la Ley 50 de 1990, y se dio unos nuevos con la Ley 1429 de 2010, el Decreto 722 de 2009, y la Ley 1636 de 2013.

Pese a que es fácil definir el concepto de intermediación laboral, su uso a través de esas normas requiere clarificaciones. Hay intermediación laboral cuando los trabajadores que se contratan, o cuya fuerza de trabajo se usa, están facilitados por un tercero (persona física o jurídica). Puede que el tercero intervenga solamente en un principio de la prestación laboral, haciéndola posible, o a todo lo largo de la misma. A cada una de estas dos situaciones corresponde un tipo particular de intermediario. No es sino en la segunda que la intermediación laboral corresponde estrictamente con una relación triangular (tres actores y tres relaciones contractuales), y a una externalización laboral (subcontratación o tercerización), según la definición dada anteriormente (dirección de la prestación laboral, sin compromiso en un contrato laboral).

La intermediación laboral de las empresas de servicios (o trabajos) temporales. La legislación colombiana muestra reticencias para considerar las funciones de las empresas de servicios temporales como intermediación laboral. Para ciertos autores estas funciones son el paradigma de la intermediación laboral. Empero, algunos textos se refieren a estas agencias por fuera de este concepto (hablando a su respecto por ejemplo simplemente de *suministro de mano de obra temporal*), siguiendo el ejemplo de la OIT que deliberadamente excluyó de su proyecto de convenio (fallido) sobre subcontratación (1997) dichas agencias, en razón de que estas eran parte del objeto del Convenio 181 sobre agencias de empleo privadas, donde por lo demás tampoco se designan con esta expresión. Así mismo, en Colombia, la Ley 50 de 1990 –primera norma que usa la expresión de intermediación laboral (la norma anterior del Artículo 34 del CST solo habla de “intermediario simple”)–, que dedica dos artículos a la intermediación laboral, implícitamente deja de considerarlas nominalmente de esa manera. No obstante, el Decreto 2025 de 2011 de un lado, al rezar que la “intermediación laboral [es una] actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales”, y de otro, al definir la intermediación laboral como *envío de trabajadores en misión*, es decir, con los mismos términos mediante los cuales la Ley 50 define a los trabajadores que las empresas de servicios temporales (EST) suministran a los terceros beneficiarios, evidencia de que el legislador colombiano termina conceptuándolas también como participando de un mecanismo de intermediación laboral.

Tipos y modalidades de intermediación laboral. La legislación colombiana, para regularla contempla de distintas maneras y en distintas ocasiones, la intermediación laboral. Lo hace en el Artículo 35 del CST (“intermediarios simples”); en la Ley 50 sin nombrarla a propósito de las EST y nombrándola, (“intermediación laboral”, “intermediación del empleo”), en dos artículos bajo un acápite de ese nombre; en el Decreto 722 de 2013 que desarrolla estos artículos, definiendo en particular cuatro grupos de “prestadores del Servicio Público del Empleo”; y en la Ley 1636 de este mismo año que somete estos últimos a sus disposi-

ciones sobre sanciones. Dichos prestadores son: *i)* las agencias públicas de empleo a cargo del SENA; *ii)* las agencias privadas de gestión y colocación de empleo (cajas de compensación); *iii)* las agencias públicas y privadas de gestión y colocación; y, *iv)* las bolsas de empleo.

Pues bien, en el Convenio 181 de la OIT se presentan tres tipos de *agencias de empleo privadas*, que en atención a la sola naturaleza de sus respectivas funciones, permiten clasificar todas las modalidades de intermediación laboral del derecho colombiano, tanto las privadas como las públicas. He aquí los tres tipos y la clasificación:

1. Agencias que vinculan “ofertas y demandas”, sin que ellas “pasen a ser parte en las relaciones laborales” (modalidades colombianas: *i)* Intermediación –intermediarios– simple; *ii)* agencias públicas de empleo a cargo del SENA; *iii)* agencias privadas de gestión y colocación de empleo –cajas de compensación–; *iv)* agencias públicas y privadas de gestión y colocación).
2. Agencias que emplean trabajadores para ponerlos a disposición de un tercero (usuario), quien “determina sus tareas y supervisa su ejecución” (modalidad colombiana: intermediación laboral por EST --Ley 50 de 1990 y Decreto 4369 de 2006).
3. Agencias que prestan servicios relacionados con la búsqueda de empleo, “como brindar información”, sin necesariamente “vincular una oferta y demanda específicas” (modalidad colombiana: bolsas de empleo –Decreto 722 de 2013–).⁸

Ilegalidad y prohibición. El Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011 prohíben nominalmente la intermediación laboral de las actividades misionales permanentes a las CTA y PreCTA, haciendo extensiva la prohibición a todas las entidades distintas a las EST, las cuales están autorizadas a practicarla por la Ley 50, por lo demás dentro de ciertos lími-

8. Al igual que nosotros, el Decreto 722 echa mano de la tipología de la OIT. En efecto, en la definición de los prestadores del Servicio Público del Empleo se inspira con toda evidencia en este convenio, retomando del mismo literalmente frases enteras.

tes. En realidad, y en la medida en que la intermediación laboral (definida como “envío de trabajadores en misión”) supone necesariamente subordinación jurídica de los trabajadores a los beneficiarios de su trabajo, son todos los tipos de actividades, misionales o no, que quedan siempre bajo interdicción. Gravosas multas están previstas para las entidades que participan en una intermediación ilegal, y cuando se trata de CTA y PreCTA, estas están expuestas a disolución y liquidación.

Las sanciones, en tanto que disuasivas, reducen el riesgo de que los trabajadores caigan atrapados en estas situaciones. En cuanto a los trabajadores atrapados, y según estas normas, el *contrato realidad* entre ellos y la entidad beneficiaria (tercero contratante) que emerge de la prohibición llevada a cabo es la protección a sus derechos causados.

Externalización de actividades y protección de los derechos de los trabajadores

En todas las épocas, la externalización de actividades (subcontratación, tercerización) ha hecho correr riesgos a los trabajadores (inestabilidad, insolvencia del empleador formal, etc.), de los cuales las legislaciones han intentado protegerlos típicamente mediante la figura de *responsabilidad solidaria*, o cuando menos, *subsidiaria*.⁹ Para diferenciarse de la tercerización laboral, esta tercerización debe suponer independencia del contratista (o subcontratista de primer rango), y especialmente que sus trabajadores (laboralizados) le sean subordinados a él en la ejecución de las actividades externalizadas, y no al contratante o empresa usuaria. En Colombia, es el viejo Artículo 34 del CST—originado en el Decreto 2663 de 1950 (art. 35)— el que trata de estos temas.

Tercerización (externalización) de actividades legal e ilegal. En muchos países son los dos tipos de actividades (de giro y de

9. La *responsabilidad solidaria* permite al trabajador entablar su demanda indistintamente contra su empleador formal (subcontratista) o la empresa principal o usuaria. En el caso de la *subsidiaria*, el trabajador debe primero demandar a su empleador formal, y sólo después de agotar en vano los recursos legales contra él, le puede exigir a la empresa principal que responda por sus derechos.

soporte) que la ley autoriza tercerizar, como en Chile. En casos excepcionales, son ambos tipos que se prohíben, como en el Ecuador (art. 327 de la Constitución y Mandato Constituyente N° 8).¹⁰ Un tercer grupo de países no prohíbe la tercerización sino la de las actividades de giro, como es el caso de Colombia, por lo menos y sin discusión en la tercerización de “actividades misionales permanentes” en que las CTA y PreCTA pudieran intervenir como subcontratistas (art. 2 del Decreto 2025 de 2011¹¹). Es el propósito de proteger los derechos de los trabajadores que podrían, intencionalmente o no (elusión de responsabilidades laborales por parte de la empresa contratante e insolvencia de la subcontratista), ser afectados por este mecanismo que explica los distintos grados de prohibición. En algunas legislaciones nacionales se hace una distinción entre actividades de giro y actividades de soporte no para establecer alguna prohibición, sino para especificar casos de aplicación de la responsabilidad solidaria o subsidiaria.

La responsabilidad solidaria o subsidiaria en la tercerización (externalización) de actividades legales. Generalmente, se estipula responsabilidad solidaria del contratante y subcontratista, o subsidiaria del contratante respecto al subcontratista, en las situaciones de tercerización de actividades autorizadas, y en relación con obligaciones laborales y sociales (salarios, prestaciones, seguridad social, indemnizaciones, etc.). Las condiciones de aplicación de estas responsabilidades varían: cuando todas las actividades son legal-

10. En realidad, estas normas constitucionales autorizan la tercerización de una lista limitativa de actividades “complementarias” (vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza). Además, en virtud de un decreto que las reglamenta (3/6/2008) se salvan de la prohibición los *servicios técnicos especializados* de un lado, del sector público estratégico (hidrocarburos, telecomunicaciones, electricidad, minería, acueductos y, de otro, del sector privado (servicios técnicos ajenos a las “actividades propia y habituales”, como contabilidad, publicidad, consultoría, jurídica, sistemas). El alcance de la prohibición constitucional queda así severamente reducido.

11. Parece que este artículo ya se demandó, porque como parte de un decreto que reglamenta el Artículo 63 de la Ley 1429, pudiera desbordarlo al considerarse que este se confina a la intermediación laboral, y el Artículo 13 de la Ley 1233 de 2008 les autoriza a las CTA y PreCTA la contratación de actividades con terceros.

mente tercerizables estas responsabilidades pueden activarse para todas ellas (Chile), o solo para las de giro (Colombia, art. 34 CST, y España); cuando solo se autorizan las de soportes es respecto a ellas que juega la responsabilidad. Empero, en el caso del Ecuador se estipula responsabilidad solidaria para las actividades complementarias (de soporte) que pueden legalmente externalizarse, pero no para los servicios técnicos especializados, también legalmente externalizables. En Sudamérica hay dos regímenes de aplicación de estas responsabilidades: uno de aplicación incondicional y otro de aplicación condicional, en el cual la empresa principal o usuaria se hace también responsable solo si incumple la obligación de cierta vigilancia y control sobre las prácticas laborales del subcontratista. Colombia, conjuntamente con Venezuela y Perú forman parte del grupo de aplicación incondicional.

La protección en Colombia de los derechos de los trabajadores en la tercerización (externalización) de actividades ilegal. Esta protección no abarca en realidad más que la subcontratación de actividades misionales en las que participan las CTA y PreCTA en calidad de subcontratistas (Decreto 2025 de 2011). Respecto a sanciones pecuniarias y jurídicas (reducción de riesgos futuros), el Artículo 4 de dicho decreto puede interpretarse en el sentido de que por el simple hecho de participar en una tercerización de actividades misionales permanentes en calidad de subcontratistas, las CTA y PreCTA se exponen a multas de hasta 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), e incurrir en causales de disolución y liquidación. En cambio, el artículo enuncia taxativamente, en cuanto a sanciones, que los terceros contratantes se exponen a la misma multa. En lo que se refiere a derechos causados, y tratándose de una tercerización sin subordinación, se les puede reducir a estos dicha multa si formalizan mediante un contrato de trabajo escrito la relación con los trabajadores de las cooperativas subcontratistas (cuando hay subordinación y se trata por lo tanto de una intermediación laboral de hecho, es el contrato-realidad que opera). De todos modos, los trabajadores de las CTA y PreCTA involucrados en esta tercerización de actividades misionales permanentes, han de beneficiarse además de la responsabilidad solidaria, de que trata

el Artículo 34 del CST en relación con la subcontratación legal de obras y servicios.

Actividades misionales permanentes. Las actividades misionales permanentes han sido el criterio de la Ley 1429 de 2010 y del Decreto 2025 de 2011 para distinguir la intermediación laboral y la tercerización de actividades ilegales de las legales. Este criterio merece varias consideraciones.

1. En el derecho laboral, un criterio es un concepto utilizado como técnica para determinar las condiciones de aplicación de una figura jurídica. La subordinación, criterio prominente de ese derecho, se dice que califica el contrato de trabajo, o permite establecer la existencia de un contrato realidad. Bajo otros nombres (giro ordinario, actividades propias y habituales, actividades productivas) y con determinados indicadores, el criterio de misionalidad permanente de las actividades ha sido tradicional y específicamente utilizado para determinar la responsabilidad solidaria, la unidad de empresa e incluso para delimitar el campo de intervención de las empresas de servicios temporales.
2. “Permanente”, segundo adjetivo de la expresión, necesita una discusión. No todas las actividades son misionales, y entre las no misionales las hay permanentes. Pero mientras no se cambie el objeto social de la entidad ¿puede haber actividades misionales no permanentes, si se entienden estas como esenciales y determinantes de la identidad de aquella? Pareciera que por definición, o como postulado, han de ser permanentes. Si fuera así, este adjetivo sería pura redundancia. Sin embargo, podría tener alguna utilidad si se introduce una distinción respecto a las actividades misionales, entre volumen o cantidad y naturaleza o calidad, distinción que hacen los sociólogos cuando contraponen externalización “de volumen o capacidad” y la de “especialización”. Además, la dimensión cuantitativa la introduce la Ley 50 al hablar de “incremento de producción”, como una actividad que puede confiarse a los trabajadores en misión de las EST. Igualmente, la Sentencia 614 de la Corte Constitucional, en la definición del criterio de excepcionalidad evoca esta dimensión cuantitativa, cuando habla de “actividades que, de manera

transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo para el personal de planta”.

3. De esta manera se podría decir que las actividades misionales son permanentes en su naturaleza, pero cambiantes o variables en su volumen. Sin embargo, se puede profundizar y ver que el atributo de permanencia también puede aplicarse al volumen, aunque sería solo para referirse a un determinado nivel habitual o normal de actividades misionales. Habría entonces un volumen permanente, (nivel habitual o normal), y un volumen no permanente (los incrementos imprevistos). En aquella sentencia 614 se puede hallar incluso un indicador indirecto de medición de dicho “determinado volumen habitual”, que es el volumen de actividad que puede realizar la planta de personal actual sin recargo excesivo.

Estas especificaciones conceptuales permitirían decir que al prohibir a las CTA y PreCTA la intermediación o tercerización de “actividades misionales permanentes”, la Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011 apuntan a la naturaleza de dichas actividades (cayendo en una redundancia), porque está claro que no les permiten intervenir ni siquiera en los “incrementos de producción”. En cuanto a la posibilidad que tienen las EST de intermediar en relación con estos últimos, se podría decir que se les interdice las actividades misionales permanentes y se les permite las no permanentes, pero ambas consideradas en el sentido cuantitativo. Dichas especificaciones hacen posible en particular, cuando los giros de las empresas se caracterizan (como en la industria del petróleo y la del carburante biológico) por una estructura en la cual alguno de sus componentes es una actividad intermitente o discontinua, y/o cuando la producción está sometida a fluctuaciones estacionales, afinar los análisis y fundamentar interpretaciones más favorables para los trabajadores.

Reflexión final

La definición general del concepto de actividades misionales permanentes (o giro del negocio) puede ser clara, pero su operacionalización es delicada. Y allí está uno de los retos de las políticas prohibitivas del gobierno. Este concepto tiene un carácter histórico: en un mismo sector lo que antes se consideraba como misional,

ya no se considera así actualmente; y relativo: lo que unas empresas tienen por misional, está subcontratado por otras. La conexidad y la misma externabilidad de un componente del mismo, son parcialmente subjetivas y no solo determinadas por criterios intrínsecos, sino también por el cálculo económico y las posibilidades del mercado. Para cortar el nudo gordiano, he aquí la espada: En un momento dado, para los efectos de aplicación de las normas legales, han de ser actividades misionales permanentes (en sentido cualitativo y cuantitativo), el núcleo del giro del negocio, así como todas sus partes componentes (inherentes, conexas, articuladas en fases productivas, etc.), cuyo desarrollo es asumido directamente por la empresa investigada, y que puedan considerarse como tales de acuerdo con los criterios establecidos en las normas legales y la jurisprudencia en dicho momento, así estas partes las externalizan otras empresas, o las pudiera externalizar la empresa en cuestión.

Panorama de la contratación en Colombia

DIRECTA	INDIRECTA
(Vertical entre la empresa y las/los empleados) – Asalariado(a) Contrato de trabajo	(Relación horizontal entre la empresa usuaria y la EST, vertical de la empresa usuaria en representación de la EST con el empleado en misión, directa asalariada entre la EST y el empleado en misión). Intermediación por Empresas de Servicios Temporales -EST (Relación horizontal entre la empresa beneficiaria contratante y el contratista) – Independientes. Contrato civil o comercial -) CTAs y PreCTAs Contratistas independientes-Outsourcing Contratos de prestación de Servicios Contrato Sindical Tercerización a través de fundaciones, asociaciones, corporaciones, entre otras

CONTRATACIÓN INDIRECTA DE ACTIVIDADES

AUTORIZADA	PROHIBIDA O ILEGAL
Actividades excepcionales, ocasionales o transitorias	Actividades misionales permanentes. (Ley 1429 de 2010, art. 63. Decreto 2025, art. 2 y 4)
Actividades no misionales permanentes , es decir, actividades de apoyo no incluidas en la cadena productiva (actividades de apoyo como construcción, mantenimiento o preparación de maquinaria esencial se entienden como parte de la cadena productiva según la jurisprudencia. (Ley 1429 de 2010. Decreto 2025 de 2011)	Cuando existe contrato realidad. (Principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, art. 53 C. Pol. Existencia en la realidad de los elementos de la relación de trabajo (Código Sustantivo del Trabajo, art. 22), esto es, prestación personal del servicio, subordinación del/la trabajador hacia la empresa beneficiaria del servicio, remuneración, como cuando la/el trabajador tercerizado está integrado en la nómina de la empresa beneficiaria)
PRESUPUESTOS	Funciones de dirección y de coordinación de las misionales permanentes , según la jurisprudencia.
Aquella en la cual el ente contratista cumple con los requisitos de ley acorde con su naturaleza	Cuando el ente que realiza las actividades no cumple los requisitos legales según su naturaleza jurídica.
Aquella en la cual la relación del/la trabajador con el ente beneficiario y con el contratista se da según los términos de ley, (por ejemplo, que la/el trabajador sea autónomo de la beneficiaria)	Cuando la vinculación y la relación del/la trabajador, corporado, afiliado o asociado al ente contratista, no se da en los términos de ley.

INTERMEDIACIÓN LABORAL

AUTORIZADA	ILEGAL O PROHIBIDA
<p>Categorización en armonía con el art. 1º del Convenio 181 de la OIT ("agencias de empleo")</p>	
<p>Agencias de empleo (Ley 50 arts. 95, 96) e intermediarios simples definidos en el art. 35 del CST – <i>"servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse"</i> (Ley 1336 de 2013 y Decreto 722 de 2013)</p> <p>Empresas de Servicios Temporales (EST) – "servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución" (Ley 50, arts 71-94. Decreto 4362 de 2006)</p> <p>Bolsas de empleo – "otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas." (Ley 50 de 1990, arts. 95-96. Ley 1336 de 2013 y Decreto 722 de 2013)</p>	<p>Envío de trabajadores en misión por parte de entes diferentes a las EST. (Ley 50 de 1990, art. 71. Decreto 4369 de 2006. Decreto 2025 de 2011, art. 1)</p> <p>Uso de la EST por mayor tiempo del legalmente permitido para una necesidad específica (6 meses prorrogables por 6 meses más), o por fuera de los supuestos que establece el art. 77 de la Ley 50 de 1990 (1. labores ocasionales, accidentales o transitorias. 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, licencia, o incapacidad. 3. Para atender incrementos en la producción o ventas.)</p> <p>Vinculación económica con las usuarias a quienes prestan sus servicios, en los términos de que trata el Capítulo XI del Libro Segundo del Código de Comercio, (Ley 50 de 1990, art. 80), o cuyos trabajadores se encuentren en huelga, (Ley 50 de 1990, art. 80)</p> <p>La EST no cuenta con autorización de funcionamiento (Ley 50 de 1990, arts. 82, 83)</p> <p>El simple intermediario no declara esa calidad (art. 35 Num. 3, CST), o cuando no se obtuvo la autorización legal (Ley 1336 y Decreto 722)</p>

II. ACTIVIDAD MISIONAL E INTERMEDIACIÓN LABORAL (EN LA LITERATURA SOBRE GESTIÓN Y SOCIOLÓGICA DEL TRABAJO)

1. La finalidad última del conjunto de este trabajo es contribuir a la eficiencia de las normas sobre la tercerización laboral, manteniendo en la mira muy particularmente el artículo 63 de la ley 1429 de 2010 y las disposiciones del Decreto 2025 de 2011 que lo precisan o reglamentan. El presente capítulo, fundamentado en una revisión de la literatura especializada internacional relacionada con las transformaciones productivas y laborales, de las cuales participan la tercerización laboral, está en línea con dicha finalidad.

El artículo prohíbe a las instituciones, empresas públicas y privadas que para desarrollar sus actividades “misionales permanentes” recurran a un personal suministrado por CTA(s) que hagan “intermediación laboral”, u otras modalidades no especificadas que afecten también los distintos derechos de las/los trabajadoras. Cuatro puntos por destacar en el decreto: 1º) define, aunque en términos generales, las actividades misionales (“Actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicio característico de la empresa”); 2º) precisa que en el caso de las SAS, no mencionadas en el artículo 63, no puede intermediar para ninguna actividad de la empresa; 3º) prevé la aplicación de fuertes sanciones económicas a las CTA(s) o pre CTA(s) y a los terceros que contraten con ellas, si se en curre en

una o varias de diez “conductas”, lo que de hecho implican que estas entidades han de ser y actuar como auténticas cooperativas para no exponerse a las sanciones; 4º) recuerda que la intermediación laboral está reservada a las EST, las cuales según la Ley 50 de 1990 pueden hacer dicha intermediación laboral, incluso y dentro de ciertas limitaciones, para actividades productivas y conexas, o sea de carácter misional permanente.

Unas consideraciones son aquí necesarias acerca de estas normas, o tomando pie en ellas.

1º) Las CTA y preCTA, por la restricción aportada por el Decreto al artículo 3, no pueden de hecho hacer intermediación laboral ni para actividades misionales ni para aquellas que no lo son, lo mismo que las SAS. Pero las CTA(s) que reunieran las características y se comportaran como unas verdaderas cooperativas, lo podrían probablemente hacer como contratistas independientes al amparo del artículo 34 del CST; sin embargo, en este caso se estaría en presencia de una subcontratación de obras y servicios, en otros términos de una subcontratación productiva.

2º) Para establecer una intermediación ilegal por parte de una CTA o preCTA, en el caso de actividades misionales, se dispone de dos estrategias, en principio independientes y ambas decisivas: demostrar que las actividades de la empresa cliente, realizadas por las/los trabajadores enviados por aquella, son efectivamente de naturaleza misional permanente, o bien establecer que la cooperativa o precooperativa no se ajusta a las definiciones legales de este tipo de entidad. Además, para cualquier tipo de actividades (misionales o no misionales permanentes), y tal como se concluye en la primera parte, queda siempre posible la aplicación del criterio de subordinación al efecto de demostrar la existencia de una relación laboral entre la/el trabajador/asociado y la empresa beneficiaria, y por lo tanto una intermediación laboral sancionable.

3º) Todo indica que el contrato sindical se presenta como el principal candidato a sustituir a las CTA(s) en otra masiva burla de los derechos de las/los trabajadores, mediante una modalidad de intermediación no tipificada como tal por las normas. Después de producirse la Ley 50 de 1990, en tanto que les permitía a las

Empresas de Servicios Temporales, entre otras cosas, hacer intermediación laboral, -dentro de límites rápidamente transgredidos-, para la ejecución de actividades productivas, de transporte y venta de productos, se disparó esta forma de intermediación. Pero pronto el fenómeno se frenó por la competencia de la propia intermediación de las CTA(s), que podían cumplirles a las empresas el mismo papel, pero a un costo menor. Se dio entonces el inaudito auge de las CTA(s) y preCTA(s), hasta que a su vez empezaron a perder impulso a raíz de unas primeras regulaciones restrictivas en 2008. Y no casualmente, al tener para las empresas las mismas ventajas de flexibilidad que las otras dos formas de intermediación, y de costo que la intermediación por CTA(s), empezó a revivir la vieja figura jurídica del contrato colectivo sindical, en algunos sectores donde precisamente habían proliferado esas CTA(s). Insuficiente y ambiguamente desarrollada, esta figura jurídica se presta al encubrimiento de la relación de trabajo, o al desconocimiento de ciertos derechos y protecciones del/la trabajador asalariado¹². De allí que en este caso no se trataría sólo de garantizar la eficiencia de unas normas existentes, sino de instigar una acción legislativa para completarlas.

4. La expresión “actividades misionales permanentes” (Ley 1429 de 2010) amerita varias observaciones.

En primer lugar, implica que pueden existir actividades misionales que no son permanentes, lo cual sería una redundancia si se piensa lo permanente sólo como naturaleza de las actividades (¿Son concebibles actividades misionales por su naturaleza, de carácter ocasional, accidental o transitorio?), y no también como volumen, cantidad o nivel normal de las mismas; y no excluye la expresión otras actividades permanentes que no sean misionales.

En segundo lugar, aquello a que se refieren las “actividades misionales”, se nombra muchas veces de distintas maneras en la jurisprudencia analizada anteriormente. Se nombra también en particular con las palabras de “actividades propias”, o, -y es

12. La sentencia T-303 de 2011 de la Corte Constitucional no le reconoce al trabajador la posibilidad de invocar la responsabilidad laboral de la empresa beneficiaria, prevista en el artículo 34 del CST.

de subrayar-, “giro”, alguna vez identificado este término con el “objeto social” de la empresa. En efecto, la importancia para nosotros de esto último estriba en que la literatura internacional especializada que se examinará en el próximo capítulo y versa sobre lo que designa la expresión de marras, usa las expresiones de “core Business”, en inglés, “coeur de métier”, en francés, y precisamente de “giro del negocio”, en español. Por otra parte, la misma manera como el decreto 2025 de 2011 define las actividades misionales, y por más general que sea la definición-, muestra que también el legislador piensa las mismas como giro del negocio o *core Business*, y no tiene en mente la “misión” tal como se concibe y enuncia en la planeación estratégica¹³.

En tercer lugar, está claro que, pese a que muchas veces la distinción sólo se sobreentiende, los textos normativos colombianos disciernes las actividades misionales permanentes de las actividades no misionales pero igualmente permanentes.

5. Este documento se refiere exclusivamente al sector privado de la economía. Pero es bueno recordar que el llamado *New Public Management*, es una política de modernización del sector público, que se inspira en la filosofía de gestión y en las prácticas del sector privado, y en particular en las de racionalización del costo y flexibilización laboral. Iniciada en el Reino Unido hace más de 20 años, ha sido emulada en muchas partes

Core Business (o giro) y Outsourcing (o externalización)

1. En el plano internacional, es la literatura especializada en materia de *Management*, producida por consultores e investigadores académicos, que se consagra específicamente a este

13. Juan S. Borcardín: “(El core business) es concreto define en poquísimas palabras y sin rodeos (como lo puede hacer la misión) a qué se dedica la organización y a qué no (por ejemplo, a la fabricación de calzados deportivos, lo que dejaría por fuera todo otro tipo de calzado)”, “(La misión) es el nivel “superior” de manifestación de intenciones Define qué es la organización y qué debe ser Suele tener un estilo discursivo poético o “marketinero” Puede ser similar al core business, pero con “packaging””. Sin embargo, son pocos los planes estratégicos que consagran un acápite para definir expresamente el core business, después de hacerlo de la misión.

tema del *core business*; y lo suele hacer en relación con el *outsourcing*, por cuanto la evolución de su naturaleza ha venido apareciendo históricamente como inseparable de esta práctica¹⁴. En esta literatura, sólo se encuentra incidentalmente la noción de misión o actividades misionales, la cual está de hecho confinada al lenguaje propiamente de la gestión, o planeación estratégica, donde en cambio es omnipresente. Al *core business* se encuentra contrapuesta la noción de *non-core Business*, que corresponde a las actividades externalizables. Al ser históricamente inseparables las dos nociones, la comprensión de una es igualmente inseparable de la de otra. Sépase también que, asociada al *core Business*, se usa comúnmente esta otra noción de *core competencias*, las cuales son las capacidades específicas de la empresa para desarrollar las funciones o actividades llamadas precisamente *core business*.

Esta noción ha cobrado fuerza, uso y hasta cariz de moda en el contexto de las transformaciones incesantes que han conocido las empresas y sus entornos en los últimos 30 años. El enfoque del desarrollo de la empresa presidido por la lógica del *core Business* domina hoy día el discurso estratégico de los especialistas del Management, y el discurso y práctica de las empresas (B. Quelin, 2002). Esta lógica determina que la empresa debe concentrar sus recursos en las competencias y actividades que la vuelven más competitiva, y deshacerse de las demás actividades. Por lo tanto, el *core business* sería el componente esencial de las actividades de las empresas que tendería a depurarse y volverse único, por causa de los procesos de externalización, vale decir de desintegración vertical y horizontal, o así mismo, de especialización de las entidades productivas en estos dos planos. En otros términos, según este discurso y lógica, todas las actividades de la empresa son externalizables, menos aquellas absolutamente estratégicas (el *core business*), y son condición *sine qua non* de la identidad y existencia de la misma.

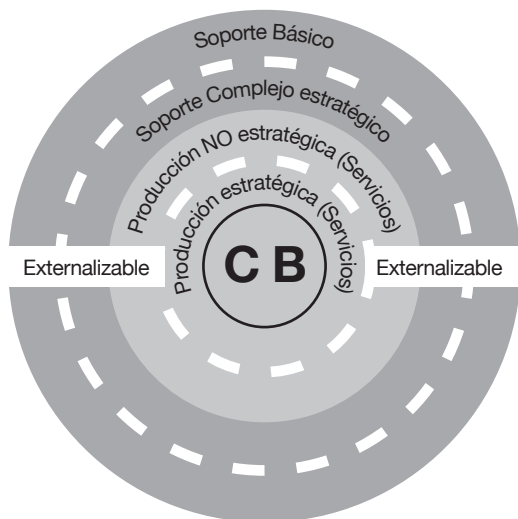
14. B. Quelin (2003): “Externalizar e invertir en el core Business son pues las dos facetas de una misma actividad de la (empresa)”.

Sin embargo, es de saber, -y algunos autores lo discuten-, que es difícil cernir esta noción en la realidad concreta de su objeto, y por lo tanto de operacionalizarla con criterios válidos. En cierta forma se puede decir que es inestable, relativa y subjetiva: inestable, porque el *core business* de las empresas evolucionan o cambian radicalmente; relativo, porque lo que no es para una empresa actividad central (contratante), lo es para otra (subcontratista); subjetiva, porque es una noción propiamente gerencial que sólo las mismas empresas han de determinar, y eso que a veces en una misma entidad sus propios dirigentes divergen en identificar cuáles son las actividades del giro de la misma (G. Chanson, 2007). Un ejemplo del punto extremo de la evolución del core business, es el de los grandes fabricantes de automóviles, otrora paradigmas de integración vertical, o de computadores, o de los mismos confeccionistas de todo tamaño, que lo redujeron a la concepción del producto, la gestión de la marca, y a algunas funciones de mercadeo y relaciones con los clientes, entregando a otros toda la fabricación propiamente dicha, incluyendo el ensamble final.

1.2. Se puede periodizar la historia de la empresa desde el punto de vista del peso de las actividades que ella asume directamente o confía a otras entidades, así: Predominio hasta 1875 de la subcontratación; entre 1875 y 1980, de la integración vertical; y desde esta última fecha, nuevamente de la subcontratación, pero que por su características nuevas se prefiere llamar externalización (*Marsden, 1999, mencionado por S. Deakin, 2002*). Ahora bien, respecto a esta última, la margarita tiene unos pétalos que no han empezado a deshojarse todos al mismo tiempo. Son los servicios generales que en los 80 iniciaron su subcontratación masiva; luego, a mitad de la misma década le sonó la hora de la subcontratación a la producción y la infraestructura informática; en los 90 las telecomunicaciones entraron en el movimiento; y después de 1995 las funciones financieras, los recursos humanos y otras muchas actividades de soporte cedieron a la fuerza del fenómeno de la externalización (*Baromètre, 2001*). Obviamente, lo arrollador del proceso en la época actual no supone que todas las empresas externalizan significativamente, ni que lo hacen

con todos los tipos de actividades consideradas por lo regular externalizables, o en conjunto o para determinadas actividades lo hacen en el mismo grado. En cuanto a las diferencias entre la externalización contemporánea y la subcontratación tradicional, la particularidad esencial de la primera es la tendencia presente en todos los tipos de actividades subcontratadas a confiar a terceros, ya no sólo la ejecución de actividades simples o aisladas, sino la responsabilidad casi total sobre un proceso (*Business Process Outsourcing*, en el caso de externalización de ciertas funciones de soporte) o un producto (*Full Packet*, o “subcontratación global” del subconjunto de un producto complejo, como en el caso de la aeronáutica).

Haciendo una síntesis con base principalmente en B. Quélin y J. Barthélémy (2001), B. Quélin (2003), F. Mazaud (2006), y Ernst & Young (2005), se propone y describe la siguiente **gráfica 1**, donde en círculos concéntricos en torno al *core business* se representan una tipología de actividades o funciones externalizables, alejadas del centro según su grado de conexión general con el mismo y su carácter estratégico.



El carácter estratégico de una función o actividades se define en términos de contribución sostenida a la competitividad de la

firma y al valor agregado a sus productos o servicios¹⁵, o también a la diferenciación en el mercado de los mismos. Contrariamente a lo que podría dar a entender la gráfica, es una variable ordinal: el carácter estratégico tiene grados. Y debe saberse que la necesidad y naturaleza de la coordinación, lo mismo que la asimetría de poder, entre empresa y subcontratista, tiende a ser función de qué tan estratégicas sean las funciones transferidas o confiadas. A continuación, se describen y caracterizan las funciones de la gráfica externalizables distintas al *core business*.

Funciones de soporte básico

Las llaman también generales o periféricas. En ellas se incluyen los servicios de restaurantes y cafeterías, gestión de locales, mantenimiento o gestión de bienes raíces, gestión de documentos, servicios de recepción o secretariado, etc. Son las menos estratégicas, las primeras en empezar a ser subcontratadas (desde los 80), y las actualmente más externalizadas (Ernst & Young, 2005: 95% de empresas¹⁶). Ahí va una ilustración de la tendencia a la subcontratación de conjuntos de actividades: en vez de subcontratar como era costumbre por separado la limpieza, la

15. Estos textos precisan a menudo que el valor agregado es para el consumidor. Luego, se piensa en aumentos de valores de uso (o de utilidad), pero que sin duda han de traducirse en valores de cambio, y mayores tasas de ganancias.

16. Ernst & Young es una de las cuatro más grandes consultoras globales que prestan servicios profesionales a empresas, y en particular se ofrece en el mercado de la externalización como subcontratista de funciones de soporte estratégico. Los “barómetros” son encuestas anuales que ha realizado en Francia desde las postrimerías de los 90, así como en otros países (nos consta que en Túnez). Se aplican a muestras de unas 200 empresas de distintos tamaños. Contemplan 7 funciones y unas 40 subfunciones. Sus estadísticas se entienden en el caso de las funciones como porcentajes de empresas que están externalizando una o más de las subfunciones correspondientes. Se dice que en materia de externalización los países anglosajones le llevan alguna ventaja a los de la Unión Europea. Sin embargo, los datos de Ernst & Young dan una cabal idea del fenómeno a nivel mundial, incluyendo, con salvedad de ciertas diferencias, a los países en vías de desarrollo. La función de “soportes básicos” corresponde exactamente a la que este barómetro denomina “Servicios generales” y que desglosa en 6 subfunciones, reflejadas en nuestra descripción.

seguridad, aire acondicionado, electricidad, etc. de unos locales, se confía a un mismo prestatario la gestión del edificio con todos sus servicios (*Facility Management*).

Funciones de soporte estratégico

Es una categoría amplia de funciones bien diferenciadas en cuanto a su naturaleza. Cada una a su vez puede subdividirse en varios elementos externalizables. Estas funciones componentes, -calificadas de complejas por sus contenidos tecnológicos y las competencias que su gestión requiere-, son, ateniéndonos al *Barómetro 2005*: Distribución, logística y transporte; Informática y telecomunicaciones; Recursos humanos, Administración y finanzas; y Mercadeo o comunicación. Son estratégicas o críticas, porque son condiciones directas de la operación de la empresa, o contribuyen significativamente a la creación de parte del valor agregado. Tienen cercanía o imbricación con el *core business*, sin integrarlo del todo. Empero, las empresas pueden arriesgarse a subcontratarlas, aunque bajo ciertas garantías contractuales, con el fin de dedicarse plenamente a aquél que por definición, si bien no en la realidad, es del todo intransferible. En conjunto, estas funciones son las que más recientemente se han vuelto objeto de externalización (década de los 90, y especialmente después de mediados de la misma). En el *Barómetro 2005*, las tasas de externalización varían notablemente según la función componente: Distribución, logística y transporte, 83%; Informática y telecomunicaciones, 73%; Recursos humanos, 72%¹⁷; Administración y finanzas, 62%; Mercadeo y comunicación, 28%. Damos un ejemplo de la evolución del objeto de la subcontratación, con las funciones logísticas. De subcontratar inicialmente por separado las operaciones materiales de almacenamiento, preparación de pedidos, y entrega, se está pasando a subcontratar con el mismo prestatario la gestión de todo el proceso, o sea, las operaciones físicas, y también el incremento de productividad del mismo, la

17. Las tasas de los elementos de los “recursos humanos” medidos por el “barómetro” son: Formación, 41%; Reclutamiento, 31%; Gestión nómina, 49%; Gestión administrativa del personal, 5%.

optimización del nivel de las existencias, reducción de los plazos de pago, etc.

Funciones productivas no estratégicas

Son funciones propiamente de elaboración de los productos o servicios, o íntimamente relacionada con ésa o éstos. Estas funciones no son estratégicas cuando, según el criterio general, aporten relativamente menos al valor agregado de los productos, o a la competitividad de la empresa. En el caso de bienes físicos, se habla de segmentación de la producción como una de las caras del fenómeno de la subcontratación productiva. Pues bien, los segmentos más o menos estratégicos. Los menos estratégicos, amén de satisfacer el criterio general, son componentes relativamente estandarizados, o que requieren competencias o capacidades no complejas o escasas en el mercado. Es el caso del ensamble de prendas de vestir, tratándose de la maquila. Estas funciones han tendido a ser más externalizables que las estratégicas, o cuando menos, dan lugar a relaciones de coordinación más laxas. De acuerdo con El *Barómetro 2005*, que no hace distinciones según el carácter estratégico, en Francia un 18% de empresas externalizan producción de bienes, un 28% la de servicios, un 37% externalizan el mantenimiento, y un 17% el acondicionamiento y empaque del producto. La maquila (subcontratación del ensamble de las prendas de vestir) en el caso del sector de la confección, es sin duda una externalización productiva no estratégica, pero cuando se pasa al *full packet* (subcontratación de toda la fabricación a partir de un diseño general de la prenda) se entra en el terreno de la producción estratégica, que empero no es *core business*. Y este paso, que tiende a generalizarse en la realidad, es otra expresión de la tendencia general a la externalización de conjuntos de actividades más complejos.

Funciones productivas estratégicas

Estas funciones productivas, segmentos o subsistemas, a diferencia de las anteriores, son muy incidentes en la diferenciación del producto final, en su valor agregado, y la competitividad de la empresa. Sin embargo, por distintas y variables razones las empre-

sas las pueden externalizar, pero bajo condiciones contractuales y de coordinación que les permitan reducir los riesgos de dependencia. Suponen capacidad de concepción altamente específica, que deben tener, amen de la de ejecución, los subcontratistas, puesto que han de codiseñar con la empresa cliente el producto o la parte del mismo, objeto de la relación. El carácter crítico de la externalización hace que sean alianzas estratégicas, o partenariados “casi jerárquicos” (F. Mazaud, 2006), que se establecen entre las empresas. Los análisis acerca de funciones productivas estratégicas y su externalización se encuentran sobre todo a propósito de lo que dan en llamar “producción compleja”, cuyo paradigma es la aeronáutica. Allí una misma empresa externaliza a la vez componentes estratégicos y no estratégicos, y las diferentes complejidades tecnológicas de los mismos lleva, entre otros factores, a la externalización según una u otra modalidad. Para ejemplificar el alcance de este fenómeno, digamos que un 70% del costo de construcción de Airbus corresponde a funciones externalizadas, la mayoría de ellas del tipo estratégico. Por otra parte, la subcontratación de subsistemas estratégicos (sistemas hidráulicos, trenes de aterrizaje, electrónica de a bordo, etc) corresponde típicamente a aquella tendencia repetidamente mencionada.

1.3. Todos los autores tratan el fenómeno de la externalización como transición de un modelo de empresas y tejido productivo a otro, pero pocos se detienen en el examen del modelo emergente. Por lo demás, el mismo verbo sustantivo de externalización, -sacar afuera actividades realizadas internamente-, es propio del proceso de transición y perderá sentido cuando éste concluya. Las empresas integradas vertical y horizontalmente, constituidas en la época anterior, fueron desgajando en tiempos desfasados y ritmos dispares sus capas de actividades menos nucleares. Pero lógicamente el proceso se agota por si mismo. En Francia y supuestamente en general, de un lado, el porcentaje de empresas que acuden a alguna externalización se estabiliza alrededor de un 65%, lo mismo que inicia una desaceleración el crecimiento de la tasa de subcontratación de aquellas actividades no estratégicas que se lanzaron primero al proceso. Pero, de otro lado, para las demás funciones la externalización se profundiza, en el sentido de que el número de

partes de las mismas confiadas a terceros conoce un fuerte avance. Ahora bien, cada vez más las nuevas empresas que se crean nacen “delgadas”, (aparte de que nacen también de una vez como multinacionales) con un *core business* que procura reducirse a una pura esencia estratégica¹⁸, y con entre sus supuestos de funcionamiento el contratar los tipos de funciones que históricamente se habían considerado como propias de la empresa. Cuando predomine el nuevo modelo de negocio, bien porque las empresas hayan evolucionado hacia el mismo, bien porque se hayan creado de acuerdo con el mismo, se estará en una situación sin duda no carente de dinámica, pero en que los *core business*, o las actividades misionales directamente asumidas por las empresas, aparecerán como menos escurridizas y subjetivas, y donde perderá vigencia el mismo concepto de externalización.

1.4. El fenómeno de la externalización es universal, en todos los sentidos, y en particular en el que abarca las empresas independientemente de su tamaño. Puede que las motivaciones y contenidos de la externalización difieren en algo en el caso de las pequeñas empresas, pero externalizan en términos generales tanto como las grandes. Además, se ha observado que las pequeñas empresas subcontratistas, y por un efecto de imitación y aprendizaje, lo hacen aun más que el conjunto de las entidades del ese tamaño¹⁹. Pero es cierto que también esto sucede con las grandes

18. Dos citas de Th. Friedman (2006): “Si te propusieses contactar hoy agencias de capital riesgo de Silicon Valley y les dijese que quieres montar una empresa, pero que te niegas a subcontratar fuera o a llevarte la fabricación o parte de ella a otros países, inmediatamente te mostrarían el camino de salida..”. “En la actualidad hay empresas que empiezan con treinta personas: veinte en Silicon Valley y las otras en la India Si tu empresa se dedica a múltiples productos, seguramente tendrás relaciones en Malasia y China para la manufactura, en Taiwan para el diseño, en la India y Filipinas para la atención al cliente, y posiblemente en Rusia y EEUU para algunas labores de ingeniería. Así son las llamadas micromultinacionales, y son un anticipo de lo que se nos viene encima”.

19. L. Duclos y J-Y Kerkourc’h: “Las pequeñas empresas subcontratistas, es decir el hecho de estar apresado en una red, facilita los aprendizajes y determina la adopción del modelo de negocio de referencia Así las pequeñas empresas subcontratistas externalizan más a menudo que el conjunto de pequeñas empresas ciertas funciones periféricas de sus actividades industriales”:

empresas subcontratistas, lo cual lleva al tema de los grupos de empresas, las cadenas y redes de suministro, productivas, o de valor. Todos estos sistemas de relaciones interempresariales se han desarrollado, o han cobrado un nuevo impulso, por virtud de las estrategias de *core business* y externalización. Sólo unas consideraciones acerca de los mismos.

Entre los grupos de empresas se distinguen los económicos que implican un vínculo de índole capitalista entre las empresas (empresa matriz y sus filiales, participación accionaria, etc.), y los contractuales, que son aquellos en que las relaciones entre empresas se fundan en contratos o acuerdos (los clústeres son un ejemplo). Ambos tipos han medrado, pero son los grupos contractuales los típicos de la época. En efecto, en la motivación de circunscribirse a un *core business* está el querer aplicar todas las capacidades y el mayor capital a esas actividades especializadas. En materia de externalización, lo más llamativo indicado a propósito de grupos, es el patrón de externalización de funciones generalmente de soporte básico y estratégico: en un primer tiempo se centralizan dentro del grupo esas funciones en una entidad subcontratista (externalización interna), y en un segundo tiempo, esta entidad subcontrata a su vez a prestatarios especializados (externalización externa), parte de, o todas sus funciones²⁰. También es llamativo que en unos casos los grupos centralizan sus funciones de soporte básico y externalizan por fuera funciones de *core business* (G. Chanson, 2007). Los dos tipos de grupos revisten otro interés para nosotros: en su seno suele practicarse, por lo menos en Europa, préstamos cruzados de trabajadores, lo cual puede verse como un caso particular de intermediación laboral, que encierra posibilidades de seguridad en el empleo, pero también riesgos de lesión de derechos laborales individuales y colectivos.

20. Para A. de Roucy en Barómetro 2005, este mecanismo lo están generalizando las multinacionales, en relación con funciones de soporte estratégico de carácter financiero y contable, dentro de cada país de implantación. Dentro del grupo y cada país la entidad que concentra las funciones delegadas se denomina Centro de Servicios Compartidos.

El concepto metafórico de cadena evoca restringidamente una línea jerárquica de funciones externalizadas, mientras que el de red es más realista y comprensivo, permitiendo focalizar un entramado de árboles jerárquicos y adicionalmente de relaciones horizontales entre actores empresariales y entre éstos y su contexto político, social e institucional²¹. Por esto, el uso del segundo concepto tiende a predominar sobre el del primero. Hay cadena y redes productivas a todos los niveles: globales, regionales, nacionales, locales. El desarrollo de estas estructuras es concomitante con el de la subcontratación y externalización, luego ambos fenómenos son universales. Las cascadas de los distintos tipos de subcontratación corren a lo largo de las relaciones entre los nodos de estas redes. Pero lo más relevantes para nosotros en esta materia es el enfoque de gobernanza, o sea de las relaciones de poder, luego de dependencia, entre las empresas incorporadas a estas redes. Esto porque la distribución desigual de este poder (posición de poder dominante de las llamadas cabezas de cadenas o redes) hace que unas empresas adquieren una capacidad de influencia y control más allá de sus propias fronteras jurídicas, y pueden por lo mismo determinar la suerte de colectivos de trabajadores de sus subcontratistas, sin contraer con ellos las responsabilidades de una relación laboral. Allí, está uno de los puntos donde se manifiesta la disociación de las funciones de empleador.

Se han definido distintas tipologías de gobernanza. La más conocida es la de G. Gereffi (2003). Suelen situar los tipos en un continuo que empieza por relaciones de mercado y termina en relaciones jerárquicas, que son las internas a la empresa. El continuo es de grado creciente de coordinación explícita y asimetría de poder (G. Gereffi, 2003), y adicionalmente del carácter estratégico del objeto de las transacciones (F. Mazaud, 2006)²². El caso es que

21. Se habla pues de Redes Productivas Globales, de Redes de Valor; pero también, mirando los nodos de las mismas, de Empresa-Red o Empresa Extendida.

22. Los tipos de G. Gereffi son: Mercado, Modular, Relacional, Cautivo, Jerarquía. Los que señala F. Mazaud, fuera de los dos tipos extremos, son: Interface específico (vanishing hand), Interface de translation, Interface interactivo.

conforme el tipo se aleja de la relación de mercado y acerca de la jerárquica, más se da asimetría de poder en detrimento del subcontratista, así como coordinación explícita, o más estratégico es el objeto de la transacción. En la definición de estas relaciones intervienen también la naturaleza del producto u objeto de la transacción, su grado de estandarización, el *know how* respectivo del cliente y proveedor, etc. Entre cualquier par de eslabones de una cadena, o entre dos nodos cualesquiera de una red, puede crearse uno u otro de estos tipos de relaciones. Sin embargo, con cierta frecuencia se da que los interfaces de mayor asimetría o índole estratégico se sitúan entre la cabeza de cadena o red y su subcontratista inmediato (o de primer rango). Por otra parte, ha de verse que, si bien unos hablan de mercado de la externalización para referirse a las empresas que se ofrecen como subcontratistas, las relaciones de externalización difieren de las propiamente dichas de mercado (en particular, la coordinación no se establece sólo o primordialmente por el precio). También, se ha de advertir que a cada tipo de *interface* le corresponde a la empresa contratante una capacidad distinta para influir indirectamente sobre las relaciones de empleo y laborales de las/los trabajadores de sus subcontratistas inmediatos. Entre mayor asimetría de poder a su favor, mayor es esta capacidad de la empresa contratante.

Externalización de actividades e intermediación laboral

1. En la tradición reciente, los sociólogos del trabajo han analizado la intermediación laboral desde el punto de vista de la flexibilidad laboral. La han considerado como una de las formas de flexibilidad numérica o cuantitativa externa, practicadas todas ellas por las empresas con el fin de ajustar el volumen de la fuerza de trabajo a las fluctuaciones de la demandas, luego de la producción, y así convertir los costos laborales fijos en variables. En esta estrategia se incluía las otras formas precarias de contratación directa (temporales directos, tiempos parciales, etc.). Y esta disciplina, focalizando primordialmente la producción, tenía por equivalente funcional para la empresa, la externalización de parte de las funciones productivas en un volumen que varía al compás de las fluctuaciones de la demanda. Cuando examina la

flexibilidad numérica externa en el seno de grupos o redes de empresas, dicha disciplina habla de flexibilidad en red, “extendida productiva” o “extendida laboral”, según se trate de subcontrataciones recíprocas de actividades, o de préstamos recíprocos de mano de obra.

Pero, hay que ver que la externalización de una parte variable de la producción, la cual tenían en mente los sociólogos, no corresponde a la externalización definitiva o por contrato largo de actividades, asociada a estrategias de *core business*. Dos diferencias que importa resaltar: la primera consiste en que la externalización de transición conlleva la transferencia de activos y de trabajadores, con riesgos para estos últimos de que en la operación se les vulneren derechos laborales; y la segunda es que, dentro de una misma lógica general de ganancia, las motivaciones de las empresas difieren en alguna medida, según la clase de externalización²³. Con todo, la externalización de transición, lo mismo por lo demás que el modelo de negocio limitado al *core business* nacido como tal, le trae a la empresa las ventajas identificadas para la flexibilidad cuantitativa. Es decir que se logra ajustar la producción asumida directamente a los vaivenes de la demanda, flexibilizando los costos de producción, transfiriendo también el problema de los costos fijos a los subcontratistas.

Señalemos que para algunos autores, y en particular la OIT (2003), la subcontratación de actividades, conjuntamente con la intermediación laboral, configura una triangulación de relaciones laborales: triángulo de tres actores (empresa usuaria, empresa

23. Según el Barómetro 2005, y para el conjunto de la muestra y las funciones externalizadas, la motivación del costo sigue predominando, al lado de otras con peso significativo. He aquí el ranking completo de las motivaciones sometidas a identificación en su encuesta: 1° Externalizar es más barato que hacerlo uno mismo (64%); 2° Se obtiene flexibilidad (45%); 3° Se obtiene mejor calidad que internamente (42%); 4° Por estrategia de organización (optar por un nuevo modelo de negocio) (22%). Es esta última motivación que correspondería típicamente a una externalización por estrategia de *core business*. Pareciera que en Francia en el 2005 no hubiera una mayoría de empresas que, por lo menos concientemente, atribuyeran a sus decisiones de externalización la causa final de unas actividades esenciales. Pero, de todos modos, así sea remando de espaldas al puerto, muchas avanzaban en esta dirección.

subcontratista o de intermediación, y trabajador), y de tres relaciones (relación comercial entre el primer actor y el segundo, relación laboral jurídica entre el segundo y el tercero, y prestación laboral entre el tercero y el primero).

2. No sólo la producción se ha segmentado, sino también el mercado laboral. A los empleos clásicos con las mejores condiciones y mayores garantías, se les han agregado segmentos de empleos precarios, entre los cuales se cuentan los triangularizados. A principios de la década pasada, algunos sociólogos como M. Carnoy y A. Atkinson han propuesto modelos que establecían una correspondencia entre los segmentos del mercado laboral y la estructura de las actividades de las empresas en cuyo centro campaba el *core business*. Con éste se relaciona en las empresas modernas el primer segmento laboral, llamado por ellos de la “mejor vía” o “nuclear”. Lo constituyen mandos medios, técnicos y obreros altamente calificados o competentes y polivalentes; su vinculación es de tiempo completo, goza de buena estabilidad y remuneración, y de una capacitación permanente por parte de la empresa; asumen gran variedad de tarea y son funcionalmente flexibles; en cierto sentido representan un núcleo duro de “estabilidad flexible” (Fourmont y otros, 2003). La literatura actual sobre Management, y en la medida en que el *core business* se asocia al *core competences* de la empresa, coincide con esta idea de los sociólogos. Y lo que, según ella, es uno de los grandes problemas que enfrentan actualmente las empresas, esto es, la fidelización de su personal, se refiere obviamente a este personal de la “mejor vía”. Sin embargo, si se considera el universo de todas las empresas, y en particular los distintos eslabones de las cadenas, la realidad es más diversa, invadiendo muchas veces la precariedad laboral todos los tipos de funciones.

3. La forma más conocida y generalizada de intermediación laboral es aquella en que intervienen las agencias de trabajo temporal, y son habitualmente muy reguladas (incluso cuentan con un Convenio de la OIT). En los países más desarrollados por lo menos, tiene importancia la intermediación consistente en un préstamo de personal entre los miembros de un grupo económico o contractual. Y en Colombia, muy típicamente, las cooperativas

de trabajo asociado y los sindicatos, a través del contrato sindical, hacen también intermediación laboral.

Todas las formas de intermediación laboral responden a unas mismas estrategias generales de las empresas, y a estas últimas también obedece la contratación directa a término fijo. Aun así, cada una de estas modalidades de empleo tiene para las empresas condiciones de uso y funcionalidades particulares que se intentan mostrar a continuación.

La contratación laboral temporal directa e indirecta.

Se hace referencia a las/los trabajadores contratados a término fijo, contratados directamente por la empresa, y a los que recibe en misión de las agencias de trabajo temporal.

Las diferencias generales son, desde el punto de vista de la empresa usuaria: 1) por lo regular y en todas partes, los temporales indirectos son más costosos que los directos; pero, 2) los indirectos requieren menos gestión que los otros (selección, nómina, etc.) y así permiten una reacción rápida; 3) respecto a los indirectos, los temporales directos se destinan a puestos de trabajo más calificados y requieren luego mayor calificación; 4) típicamente, los directos se contratan para períodos más largos que los indirectos; 5) cuando la aparición de la necesidad y su duración es previsible, tiende a usarse más la temporalidad directa, e inversamente, la indirecta, cuando la una es repentina y la otra incierta.

Hay situaciones en que se han usado con cierta indiferencia una u otra de estas modalidades, como son las variaciones de actividades estacionales (agroindustria, confección, turismo), aunque su previsibilidad le puede dar una ventaja a la contratación directa a término fijo²⁴; y la contratación para un período de pruebas. A veces, las dos modalidades se combinan secuencialmente: primero se contrata por agencia, luego la/el trabajador puede pasar a una vinculación directa, y en un tercer momento a la indefinida.

24. En algunos países, como Francia, en esta situación, existe una contratación alternativa más interesante para el trabajador: el contrato a término indefinido INTERMITENTE, que ofrece una contratación permanente, pero sólo efectiva para períodos determinados del año.

Cuando se trata de flexibilidad numérica externa, o sea, de responder a un aumento de la actividad productiva, influye en la decisión de la empresa el criterio de previsibilidad. Se observa en forma llamativa aquel patrón estadístico secuencial en relación con el ciclo económico. Cuando en el fondo de la recesión aparece un asomo de reactivación, las empresas, prudentes, contratan por agencia porque hay urgencia y es más fácil eventualmente despedir, si persiste la reactivación y aumentan las esperanzas de recuperación definitiva, entonces se contrata más a término fijo, y una vez consolidada la misma, puede aparecer incluso un incremento en las estadísticas de contratación a término indefinido (en las estadísticas de la Encuesta Industrial del DANE, se puede detectar este fenómeno).

Parece que la contratación temporal indirecta tiene un uso privativo en actividades particularmente peligrosas o repugnantes, hacia las cuales les tienen desvío las/los trabajadores estables (N. Fourmont y otros, 2003). Se asignan a un personal de agencia, haciéndolo rotar rápidamente, lo que facilita precisamente este tipo de contrato.

El trabajo temporal por agencia está particularmente regulado en todas partes, y prácticamente en los mismos términos: de un lado, actividades ocasionales, remplazos de personal, incrementos de actividades, y de otro, limitación en la renovación de contratos cortos. No obstante, es muy generalizada la transgresión de estos límites, como es el caso mismo de Colombia, en virtud de unas determinadas interpretaciones de la ley las/los trabajadores temporales indirectos se mantienen permanentemente en la misma empresa por renovaciones ilimitadas de su contrato²⁵. Es más, en algunos países, entre otros Francia (N. Fourmont y otros, 2003), la contratación masiva de temporales indirectos para actividades productivas se practica, no sólo para seguir las variaciones de actividades, sino como estrategia de *dowsizing*,

25. Hay países como Alemania donde los contratos laborales entre las/los trabajadores y la agencia de intermediación son por tiempo indefinido. En Francia, muy recientemente se obliga por ley a que este tipo de agencia tenga una proporción significativa de sus trabajadores bajo esta forma de contrato.

es decir de reducción drástico de los costos laborales; y en estos casos se puede hablar de externalización de la fuerza de trabajo.

La contratación laboral por otra empresa del grupo

Por lo que sabemos, esta forma de intermediación es propia de los países económicamente más avanzados, pero en cuanto muestre ventajas comparativas en países como Colombia, de seguro que se adoptará.

Se trata aquí de la llamada flexibilidad en red que consiste en que las empresas de un grupo se presten unos a otros sus trabajadores. Esta práctica no excluye las de flexibilidad laboral por temporales directos e indirecto. Es una forma de sacar provecho para fines similares de la condición de miembro de un grupo. Aquí el tercero en juego es otra empresa de un grupo económico o contractual, con la cual la/el trabajador tiene establecido un contrato laboral.

Estas prácticas se organizan típicamente como alternativas estructurales a las de recurrir a las modalidades de contratación temporal. En este sentido, representan una ventaja para las/los trabajadores de las empresas o establecimientos del grupo que puede ser todos a término indefinido, y asegurar su estabilidad en el empleo. Es una ventaja similar a la que ofrece la flexibilidad del tiempo de trabajo. Para el grupo, los méritos comparativos respecto a la contratación temporal externa, estriban en que la inversión en formación de su trabajadores y la experiencia acumulada por ello no corre el riesgo de perderse por ajuste de nómina en sus empresas miembros, forzada por bajas de actividades.

Para evitar abusos y desconocimientos de derechos laborales, esta modalidad de intermediación requiere una regulación específica, que parece no existir en muchas partes en forma plenamente satisfactoria.

La contratación por cooperativas y sindicatos

Como no existe prácticamente literatura internacional sobre estas dos formas de intermediación laboral, este punto tiene exclusivamente en mente a Colombia. Aquí los terceros en la relación triangular son las CTA(s) y los sindicatos.

Las cooperativas de trabajo asociado han conocido un desarrollo explosivo como competidoras directas de las empresas de servicios temporales, sacándoles una ventaja arrolladora por una diferencia de costo, que según ACOSSET (gremio de las EST) constituía una competencia desleal caracterizada. Aún más, es conocido que en razón de ésta, en muchos casos, los mismos dueños de una EST lo eran igualmente de una CTA, operando ambas en las mismas oficinas; y que cuando un cliente potencial encontraba demasiado costoso el contrato para temporales, se le proponía acto seguido otro para asociados de CTA. Por esto, ACOSSET ha intervenido activamente como grupo de presión a favor de la regulación de las CTA(s) desde 2008. Todo esto lo decimos para poner de manifiesto que las dos modalidades de intermediación eran estrictamente equivalentes en todo punto, menos en el del costo. Así pues se deduce que, como la temporalidad indirecta, la intermediación por CTA(s) se dirigía muy generalmente a actividades o puestos de trabajo poco calificados, libraba a los usuarios de la función de gestión de personal, permitía un ajuste preciso a las variaciones de las actividades (enganche y despido rápidos sin dificultades jurídicas), y sobre todo, se prestaba para un uso masivo con fines de reducción drástica de costos laborales. En efecto, es básicamente por esta última razón que las CTA(s) han llegado a tener aquel alcance en Colombia.

Incluso después de que la ley de 2008, las CTA(s) mantuvieron ciertas ventajas de costo frente a las EST(s), en particular por razones de gravámenes fiscales de los que siguieron exentos las CTA, y porque éstas en materia de costos laborales y prestaciones continuaron siendo favorecidas. Es en sectores como los de la salud, el textilero, el de la confección, en el corte de la caña, los puertos, el cultivo de la palma, las flores, en que se hizo un uso masivo de trabajadores asociados. En todos los casos primó la motivación del costo, y en casi todos, el requerimiento de calificación de la mano de obra era baja. El caso paradigmático en que mejor se disciernen estas dos características es la maquila de exportación en el campo de la confección. Como últimos eslabones de cadenas globales, en la última década y debido a que los precios de ensamble de los prendas de vestir eran muy bajos, sólo

pudieron mantenerse como maquiladoras internacionales grandes empresas que pudieron gracias al trabajo más barato facilitado por las CTA(s) y la producción a escala salvar sus márgenes de ganancia. Y sobra decir que este trabajo de maquila es uno de los menos calificados.

En cuanto las nuevas regulaciones (en particular la ley 1429 de 2010 y el decreto 2025 de 2011) forzó esta intermediación de las CTA(s) a un rápido repliegue, se disparó el Contrato Sindical²⁶, empezando precisamente en los campos que aquella estaba abandonando: la confección, la salud, etc.²⁷. Es que los contratos sindicales tienen para las empresas las mismas funcionalidades y condiciones de uso que la intermediación por agencias y CTA(s), y las mismas ventajas de costo que las que venían teniendo estas últimas. Por esto ACOSSET se opone a ellos como se oponía a las CTA(s).

Los contratos sindicales no ofrecen condiciones menos precarias que las CTA(s). Incluso les someten a unos riesgos particulares. Uno es el hecho de que, a diferencia de éstas desde 2008, la empresa usuario no está obligada a una solidaridad laboral respecto a los derechos de las/los trabajadores (art. 483 CST y Sentencia T-303/11, 2011 de la Corte Constitucional).

Los riesgos de la triangularización laboral

1. La literatura sobre *management* se interesa por los riesgos que corren las empresas. La especialización, -limitarse a una o pocas actividades productivas- como proceso de desintegración horizontal, trae los riesgos de toda especialización: unos malos desempeños en una línea de actividad no pueden ser compensados, por

-
26. El contrato sindical, considerado como un contrato de trabajo colectivo por el Código Sustantivo del Trabajo Colombiano, corresponde a la forma tradicional de subcontratación laboral llamada contrato de equipo. Tuvo vigencia en el siglo 19 y principios de 20, antes de que se creara la legislación laboral moderna. En Colombia se usó frecuentemente en los puertos marítimos y fluviales del Caribe (S. Paolo, 2011). Después de un largo letargo, se reactivó en las condiciones y formas que se sabe.
27. Según datos del Ministerio sobre contratos colectivos, en 2012 se firmaron 1500 contratos sindicales, frente a 379 convenciones colectivas y 261 pactos colectivos.

unos buenos en otras. De otro lado, la externalización productiva, en tanto que desintegración productiva vertical, y la de soportes estratégicos hacen depender la empresa en distintos aspectos de actores externos sobre los cuales no tiene la misma capacidad de control que sobre los agentes internos. Esta literatura analiza abundantemente estos riesgos, pero en particular los relacionados con la externalización de transición de carácter productivo o estratégico. Parece que el riesgo que más temen las empresas es la pérdida de las capacidades y experiencias adquiridas en torno a las actividades que transfieren y el relajamiento del control sobre la ejecución de las mismas. El segundo mayor riesgo para ellas es el que llaman curiosamente “social” (habitualmente los riesgos sociales son los asumidos por las/los trabajadores), y se refiere a las reacciones individuales o colectivos de las/los trabajadores (*Barómetro, 2005*). Como las operaciones de externalización se acompañan habitualmente de una reestructuración general, implican un cambio de empleador para las/los trabajadores transferidos con las actividades, y muchas veces despidos, todo anuncio de esta operación despierta inquietud y prevención entre las/los trabajadores. Pero la verdad, es que en estas ocasiones son incomparables los riesgos que estos también corren.

Lo que se afirma en un plano general en cuanto a riesgos respectivos de empresas y trabajadores se refiere, es que los costos de la adaptación de éstas (producción y organización “delgada” y distintas formas de flexibilidad laboral) a las nuevas características y comportamiento de los mercados, los han intentado transferir a las/los trabajadores, cuando no socializar. Y es sobre estos riesgos de las/los trabajadores que nos vamos a extender más.

2. En una perspectiva histórica abstracta, se puede decir que la madre de todos estos riesgos es la ruptura del pacto social, (“fundador”, según A. Supiot), que supone el sistema de derecho laboral y social, tal como se construyó en la primera mitad del siglo pasado (S. Deakin, 2002; M. L. Morin, 2005): La/el trabajador intercambiaba una subordinación al empleador contra una seguridad garantizada por éste y mecanismos de solidaridad social. El empleador asumía solo los riesgos económicos del empresario, pero ejercía los poderes de dirección del proceso de trabajo. La

evolución de las cosas ha venido trastocando este equilibrio. La seguridad ya no compensa bien la subordinación; y los riesgos del empresario se redistribuyen en la estructura del sistema productivo, así como entre las/los trabajadores. En particular, podemos decir que la organización en grupo o redes y la externalización es una estrategia para transferir a otras empresas, a trabajadores y a la colectividad riesgos económicos, así como los ligados a la gestión del empleo y trabajo (M.L. Morin, 2005); mientras que la precarización, bajo todas sus formas atenta típicamente contra la seguridad del/la trabajador en todas sus dimensiones.

La triangulización ha disociado la relación de trabajo que originalmente el derecho del trabajo concibió como binaria. El poder de dirección del/la trabajador lo puede ejercer una persona y las obligaciones jurídicas pueden estar atribuidas a otra, lo que plantea una dicotomía entre empleador real y empleador jurídico o aparente. Esto y además la subcontratación parcial de funciones de gestión del personal, y la complejidad de ciertas situaciones, hace que surge un riesgo esencial para las/los trabajadores, que es la dificultad para determinar quien o quienes deben responder por sus derechos laborales y prestacionales.

3. Todos las/los trabajadores que según una expresión presente en textos de la OIT están en “situación de subcontratación”²⁸, lo que incluye las/los trabajadores con contrato individual de prestación de servicios, están en su conjunto comparativamente expuestos a una serie de riesgos concretos. Los principales son: 1) deslaborización o informalización laboral; 2) ingresos laborales inferiores, 3) desprotección social; 4) discriminación laboral; 5) insolvencia del empleador formal; 6) desempleo recurrente; 7) no oportunidad de ejercicio de derechos colectivos²⁹. Nos

28. Primer proyecto de convenio sobre subcontratación, y un proyecto de recomendaciones sobre el mismo tema (1997). En realidad la expresión fue abandonado por la OIT.

29. Se omite otro riesgo también señalado en la literatura especializado. Es el de una mayor frecuencia de accidentes y enfermedades laborales, debido a que muchas veces a las/los trabajadores tercerizados se les asignan las tarea más peligrosas, y porque las empresas no suelen preocuparse por adiestrarlos en materia de seguridad, y así mismo porque tienen que lanzarse en actividades nuevas sin tener la experiencia suficiente en ellas.

limitaremos a indicar cuáles de estos riesgos las modalidades de intermediación contempladas más arriba hacen correr a las/los trabajadores, y a describirlos.

Deslaboralización

La deslaborización, o no laboralización, (o informalización laboral) se entiende como la ausencia del contrato laboral, cuando por la relación de subordinación que se mantiene en una actividad laboral, debería haber contrato de trabajo, ausencia debido a que no puede este último exigirse legalmente, o no se establece de facto. También puede concebirse como la inexistencia parcial de los derechos adscritos a este tipo de contrato, en cuyo caso se podría hablar de grados laboralidad o informalidad laboral.

Las/los trabajadores temporales contratados a través de las agencias de servicios temporales, son por necesidad laboralizados, aunque dentro de una modalidad atípica y precaria. Los que están prestados a otra empresa de un grupo o red en teoría lo son o no, según el tipo de contrato firmado con la empresa prestamista. Pero, en los países donde está en uso la flexibilidad en red, estos trabajadores son laboralizados. En Colombia, las/los trabajadores asociados a la CTA(s) no tienen contrato laboral, si bien la ley ha venido obligando a que se les reconozca “compensaciones” que corresponden a ciertos derechos propios de la relación laboral. De su lado, en el caso del contrato sindical no parece haber una obligación legal de laboralidad en ninguna de las dos relaciones que mantiene la/el trabajador (con el sindicato y la empresa usuaria), aunque se dan casos en que se establece un contrato laboral entre los sindicatos y las/los trabajadores involu-crados³⁰. De todos modos, la deslaborización a que se exponen las/los trabajadores en los casos de intermediación por CTA(s) o sindicatos no es tan absoluta como la que pueden padecer los seudo independientes provistos de contrato de prestación de servicio con una empresa, para la cual trabajan bajo una relación de subordinación caracterizada.

30. Hay países donde por ley en el caso de un contrato de equipo la empresa usuaria está obligada a firmar contrato laboral con cada miembro del grupo.

Ingresos laborales inferiores

En la medida en que: 1) las empresas acuden, como es casi siempre el caso, a la intermediación laboral con un fin de reducción del nivel de los costos laborales, las/los trabajadores intermediados han de percibir de la empresa menos ingresos que sus trabajadores directos a término indefinido; 2) las/los trabajadores intermediados son un factor de ajuste de las variaciones de actividad, y luego sufren desempleo recurrente, sus ingresos laborales son discontinuados; 3) algunos tipos de intermediados no tienen contrato laboral, no acceden a ciertas prestaciones sociales; y 4) no llegan a ser cubiertos por las convenciones colectivas, no se benefician de sus cláusulas económicas. El hecho de que en general las/los trabajadores intermediados se destinan a tareas relativamente poco calificadas contribuye también a que tengan una remuneración inferior. En realidad, hay que exceptuar en todas estas explicaciones a las/los trabajadores prestados en los grupos o redes.

Se ha dicho que casi en todas partes para la empresa el temporal indirecto es más costoso que el directo. Esto no implica necesariamente una diferencia de salario entre las dos clases de trabajadores, porque la entidad de intermediación tiene sus propios costos y ganancia que factura a su cliente. En este país, todos esos factores determinantes de bajos ingresos relativos han pesado enormemente sobre las/los trabajadores intermediados, y muy particularmente sobre los que lo han sido y siguen siendo por parte de las cooperativas y los sindicatos.

Desprotección social

Los modelos de bienestar dominantes en el mundo, incluidos los de América Latina, vinculan una protección social plena al empleo formal o contrato de trabajo. De suerte que al caer o no ser reconocida la relación de trabajo, la/el trabajador queda o está sin protección social. Ésta es también la situación en América Latina y Colombia, con la particularidad de que en esta región el subsidio al desempleo ha sido muy imperfectamente instituido.

En gran medida la desprotección social es correlativa a la deslaboralización: los que tienen un contrato de trabajo gozan de toda la protección social, y los demás pueden beneficiarse por determinación de normas especiales de algunos de sus componentes. Luego, las/los trabajadores temporales indirectos y los prestados no están expuestos a este riesgo. En Colombia en actualidad y por prescripción de leyes recientes, las/los trabajadores de las CTA(s) y los participantes a un contrato sindical han de estar afiliados a la seguridad social integral (salud, jubilación, riesgos profesionales).

Discriminación laboral

En cierta forma todos los riesgos que se pueden señalar son discriminaciones respecto al trabajador típico de tiempo completo, con estabilidad laboral y posibilidades de carrera interna, beneficiario de una convención colectiva, y afiliado a un sindicato; por lo tanto gozando de cierto estatus y reconocimiento en su medio laboral y social. Pero, el mayor de estos riesgos estriba en que esta situación de inferioridad se puede prolongar durante toda la vida laboral. Efectivamente, las/los trabajadores precarios están constituyendo en el mercado laboral segmentos permanentes relativamente cerrados, en el sentido de que es difícil salirse de ellos hacia mejores posiciones laborales. De allí que a estos trabajadores se les truncan las expectativas de carrera laboral.

En el ámbito del trabajo, donde esta discriminación se hace literalmente visible es en ciertos talleres fabriles y en algunas oficinas del sector terciario. Allí, en espacios contiguos, o incluso entremezclados, trabajadores pertenecientes a grupos de condiciones de empleo e identidades laborales distintas, realizan idénticas o similares actividades.

Las/los trabajadores prestados escapan quizá a este riesgo, y puede que el grupo les brinde mayores posibilidades de carrera que su propia empresa. En cuanto a los demás tipos de trabajadores intermediados, a los asociados a cooperativa y afiliados a sindicatos les toca la peor suerte, tanto en materia de posición laboral y social como de trayectoria laboral.

La probabilidad de pasar a una condición laboral más apetecibles (temporal directo, tiempo indefinido) es sin duda mayor para los temporales indirectos que para las/los trabajadores involucrados en las demás formas de tercerización.

Insolvencia del empleador formal

Salvo excepciones, las empresas y entidades subcontratistas o de intermediación laboral son pequeñas, con activos relativamente más reducidos y menor solidez financiera. Además, en el caso de la externalización, se idearon como colchones de seguridad para las empresas externalizadoras, de manera que fueran las que encajaran los golpes de la caída de la demanda. Luego, todas estas entidades corren un mayor riesgo de insolvencia que se traduce para las/los trabajadores en la imposibilidad de cobrar los créditos causados y exigibles por concepto de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.

Las normas de la legislación laboral sobre responsabilidad solidaria han intentado subsanar este problema, lo mismo que la obligación legal hecha, como en el caso de Colombia, a las agencias de trabajo temporal de suscribir póliza de seguro. Este riesgo puede ser especialmente grande con las CTA(s) y los sindicatos, máxime porque, cuando no hay contrato de trabajo, no existe el privilegio de pago prioritario en caso de liquidación de la entidad. La incapacidad administrativa para efectuar el servicio de nómina puede quizá asimilarse a este riesgo. En la Sentencia T-303/11 de la Corte Constitucional colombiana, se puede entrever un ejemplo de incapacidad técnica de un sindicato firmante de un contrato sindical para administrar las grandes cantidades de dinero recibido a fin de pagar a las/los trabajadores.

Desempleo recurrente

La frecuente interrupción de la actividad laboral es connatural al hecho de que las/los trabajadores tercerizados son un instrumento de ajuste fino de la fuerza de trabajo a las variaciones de las actividades, a lo cual se amoldan las características de los contratos. Este riesgo afecta prácticamente por igual los distintos tipos de trabajadores, salvo aquí también los que son objeto de un préstamo.

Es uno de los más graves por cuanto repercute inmediatamente en el ingreso del/la trabajador, especialmente en los países donde no existe un subsidio de desempleo digno, y en la protección social. Se discontinúa el ingreso, se interrumpe la acumulación de requisitos para la jubilación, y puede que desmejore el régimen de salud. Son estas implicaciones de la tercerización laboral que le dan pleno sentido al concepto de precariedad, usado para caracterizar la situación de estos trabajadores.

Dificultades para ejercer los derechos colectivos

Si se piensa esencialmente en el derecho que tienen las/los trabajadores de asociarse libremente y de poder participar democráticamente a la vida de los organizaciones que crean, el problema de los riesgos se plantea en forma esencialmente distinta en los casos de las/los trabajadores de un lado, tercerizados por agencias, (cuya situación comparten, respecto de los derechos colectivos, los temporales directos), y de otro, por las CTA(s) y los sindicatos. En efecto, si bien los primeros son asalariados, los segundos son miembros en principio de una organización colectiva de trabajadores. Las/los trabajadores prestados parece que también se salvan de este riesgo.

Las legislaciones laborales autorizan en todas partes la sindicalización de los temporales, pero han hecho poco para facilitársela, habida cuenta de las particularidades de su situación jurídica. El caso es que, si bien en los países más desarrollados, la sindicalización de estos trabajadores es significativa, y existen incluso sindicatos de rama para las/los trabajadores vinculados a las agencias de trabajo temporal, en América Latina y particularmente en Colombia su tasa de afiliación es despreciable. Hay mucha literatura que intenta explicar descriptivamente este hecho, incluso teorías como la de los *Insiders/outsiders* que pretende poner en evidencia una dialéctica de intereses opuestos entre las/los trabajadores en situación contractual típica y las/los trabajadores precarios, que profundiza la brecha entre los dos segmentos, y aleja a los precarios de las organizaciones sindicales. Sea lo que fuera y por lo que fuera, las/los trabaja-

dores temporales tienen alta probabilidad de no hacer uso de los derechos laborales colectivos.

El boom de las CTA(s), como entidades de intermediación laboral, fue artificioso y frágil, desvirtuando el espíritu y las prácticas de un cooperativismo auténtico. Las adhesiones eran oportunistas y forzadas por la necesidad material, la participación democrática a la vida interna de las cooperativas dudosa, amén de supeditada en el tiempo por la precariedad de los contratos, y la autonomía colectiva en el desarrollo de sus actividades externas sacrificada. Por lo demás, la burbuja está estallando. Fue un camino errado para el progreso del ejercicio de esta forma del derecho de asociación libre de las/los trabajadores. Puede que el contrato sindical esté produciendo el mismo boom en los efectivos sindicales. Pero por las condiciones en que resurgió y se está multiplicando, es lícito preguntarse cuándo y mediante qué regulación esta nueva burbuja estallará también.

III. LO MISIONAL PERMANENTE DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES COLOMBIANAS Y LA DOCTRINA DE LA OIT

3.1 PRESENTACIÓN: Protección Laboral En Las Nuevas Estructuras De Empleo: La puesta en las agendas

El fenómeno de la globalización de los mercados y los cambios tecnológicos han propiciado rápidas y significativas dinámicas en la estructura del empleo a los cuales las empresas han respondido a través de transformaciones vertiginosas en su organización y funcionamiento para mantenerse en escenarios competitivos. La diversificación de las relaciones laborales y el rediseño empresarial se presentan como necesidades para las empresas de cara a los desafíos de los nuevos mercados, contexto en el cual aparece la flexibilización laboral como condición que puede en gran medida propiciar la adaptabilidad y la competitividad, pero que por otro lado puede terminar propiciando situaciones de desprotección laboral.

La legitimidad de tal diversificación desde la perspectiva de los derechos laborales tanto dentro como fuera del marco de la relación de trabajo genera tensiones que no han pasado desapercibidas. De hecho, la OIT³¹ ha reconocido que se han genera-

31. Resolución relativa a la relación de trabajo, adoptada en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 91ª reunión, 2003.

do distintas situaciones en las cuales se hace necesario formular estrategias de protección de las/los trabajadores; señala que el marco de la relación de trabajo se ha venido desdibujando progresivamente y cada vez se hace más complicado determinar si existe en ciertos casos, tornándose a su vez etéreas las reglas jurídicas aplicables y configurándose circunstancias que amenazan los derechos laborales de las/los trabajadores.

Esto se presenta en muchos países, según la OIT³², por la presencia de factores como falta de claridad, limitatividad o ineficacia de la legislación, que la relación de trabajo se presente de manera disfrazada o encubierta y como un acuerdo civil o comercial, que la misma sea ambigua, que la/el trabajador de hecho sea empleado pero no quede claro quién es el empleador, cuáles son los derechos del/la trabajador y a quién puede este en efecto reclamar la efectividad de estos derechos.

Por otro lado, señala la OIT que el encubrimiento puede versar sobre la naturaleza jurídica de la relación laboral o sobre la modalidad utilizada para establecerla. En el primer caso, se busca *“anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley [...], se trata de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta”*³³; asimismo *“puede servir para ocultar la identidad del empleador, cuando la persona designada como tal en realidad es un intermediario que libera al empleador de aparecer como parte en la relación de trabajo y, de esta manera, de la responsabilidad que debería asumir ante su personal”*³⁴. En el segundo caso, no desaparece el contrato, pero su naturaleza es deformada, pues se manipula *“de modo que se prive a las/los trabajadores dependientes de ciertos derechos y prestaciones”*³⁵, es decir, se priva de protección a las/los trabajadores.

32. Ibidem.

33. OIT: La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. P. 14. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>

34. Ibidem.

35. Ibidem.

Los casos de relaciones de trabajo triangular son un ejemplo de situaciones en las cuales la relación de trabajo puede verse desdibujada, así que ante la desprotección laboral que ello genera y las consecuencias adversas para las/los trabajadores en razón a la inexistencia de derechos y garantías, y para las empresas en materia de afectación de la productividad y competitividad, la necesidad de establecer medidas de protección en casos como este se ha venido incluyendo progresivamente en la agenda de la OIT.

Desde 1997 y 1998³⁶ la Conferencia Internacional del Trabajo señaló la necesidad de adoptar medidas para proteger ciertas categorías de trabajadores desprovistas de protección laboral en el trabajo en régimen de subcontratación, entre las cuales se incluyó a las relaciones de trabajo triangulares, así como a las/los trabajadores que prestan servicios a otras personas en el marco de un contrato civil o comercial, aunque en realidad son parte del personal dependiente o integrado a la empresa para la que trabajan o aportan su servicio³⁷. Se adoptó en esa ocasión una Resolución en la cual se exhortaba al Consejo de Administración de la OIT a incluir este tema en una futura reunión de la Conferencia con la idea de adoptar un convenio, así como la realización de estudios nacionales por parte de la Oficina.

Asimismo, la Reunión de expertos en el año 2000 destacó la protección de las/los trabajadores en situaciones en las cuál es el ámbito legal de la relación de trabajo no está en conformidad con las realidades de las mismas

Para el caso de Colombia, la OIT³⁸ expuso que en el sistema de cooperativas de trabajadores para el suministro de trabajadores en la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación

36. OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 85.a reunión, 1997: Trabajo en régimen de subcontratación, Informes VI, 1) y VI, 2), y, para la 86.^a reunión, 1998: Trabajo en régimen de subcontratación, Informes V (1), V (2A) y V (2B).

37. OIT. El ámbito de la relación de trabajo, Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, Ginebra, 2003. P. 6. Disponible en: <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-v.pdf>

38. La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. P. 46-47. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>

de servicios, ha habido lugar a relaciones de trabajo disfrazadas o fraudulentas, por ejemplo en los casos en los que agencias de empleo temporal operan bajo la apariencia de cooperativas para evadir contribuciones impositivas y de seguridad social.

La Corte Constitucional, por su parte, ha sido enfática y reiterativa al señalar “la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo”³⁹. Reconoce esta Corporación que aunque las cooperativas de trabajo asociado⁴⁰ fueron creadas para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, “se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008⁴¹ prohíbe su intermediación laboral.”⁴²

En este componente pretende llegarse, sino a un concepto unívoco, a una serie de elementos que permitan calificar determinada labor o actividad como misional permanente de la entidad pública o privada, en razón a la necesidad de propiciar la efectividad de las prohibiciones de ley a cerca de su externalización, así como la realización de los derechos laborales en contextos de fraccionamiento de capital que pueden dar lugar a la declaración de unidad de empresa o grupo empresarial.

39. Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ver, por ejemplo, las sentencias C-171 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-645 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-166 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao), T- 287 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-004 DE 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

40. Las cooperativas de trabajo asociado tienen por marco jurídico las siguientes normas: Ley 79 de 1988, el Decreto 4588 de 2006, la Ley 1233 de 2008, la Ley 1429 de 2010, el Decreto 2025 de 2011, entre otros.

41. Este artículo establece en su numeral 1º que “Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión”

42. Ibidem.

Los indicadores decantados a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado que se tomó como fuente para el presente escrito, no necesariamente se corresponden con fallos favorables al trabajador. Lo que interesó para la selección de las sentencias revisada fue los indicadores aplicados en el análisis de la corporación respectiva para determinar la existencia de una relación laboral, solidaridad o unidad de empresa que al mismo tiempo fueran funcionales a la elaboración de algunas pautas para fundamentar el carácter de misional permanente de la labor en casos concretos.

En el primer acápite titulado “Lo misional y lo permanente como punto de partida para determinar la existencia de una relación laboral directa, la unidad de empresa o el grupo empresarial”, se fundamenta la necesidad de definir lo misional y lo permanente para descubrir situaciones de intermediación o externalización laboral ilegal, o lo “similar, conexo o complementario” y la “unidad de propósito y dirección” en los términos de las figuras de unidad de empresa y grupo empresarial, respectivamente.

En el segundo, nombrado “*Lo misional y lo permanente para la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado*”, se trata de decantar algunos indicadores de los cuales han hecho uso las altas cortes colombianas para definir lo misional y lo permanente en diversos ámbitos, como sigue:

- El primero de ellos es el sector público, con unos indicadores señalados expresamente por la Corte Constitucional, los cuales se refuerzan con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia y se analizan en su aplicabilidad en el sector privado.
- El segundo se refiere a indicadores emanantes del análisis de la existencia o no de subordinación hacia quien es el beneficiario del servicio.
- El tercer ámbito corresponde con aquellos pronunciamientos en los cuales las cortes determinan si existe o no solidaridad entre el beneficiario del servicio y el contratista independiente.
- El cuarto se corresponde con el análisis que se realiza en la jurisprudencia de situaciones de desprotección laboral pro-

piciadas por la utilización ilegal de la figura legal de las Empresas de Servicios Temporales.

- El quinto, se refiere a sentencias en las cuales las cortes analizan la procedencia de la declaratoria de unidad de empresa en razón a que además de predominio económico se encuentra que las actividades desarrolladas por los entes económicos son “similares, conexas o complementarias”. Si bien se indagó a cerca de la jurisprudencia que pudiera orientar en la conceptuación de “unidad de propósito y dirección”, no se hallaron resultados relevantes en los pronunciamientos revisados; no obstante, se considera funcional para la declaratoria de grupo empresarial el carácter de “similares, conexas o complementarias” de las actividades tal cual se exige para la declaratoria de unidad de empresa, si bien ambas formas exigen requisitos adicionales diferenciados.

En el tercer acápite, titulado “*Algunos indicadores señalados por la OIT: el grado de integración en la organización y su aplicación tácita en Colombia*”, se aportan algunos indicadores que pueden ser útiles para determinar el carácter de misional permanente de una actividad que se infieren de la doctrina de la OIT y se analiza su aplicación tácita en la jurisprudencia de las altas cortes colombianas.

En la cuarta parte nombrada “*Compendio de los indicadores para determinar si una actividad es misional permanente*”, se realiza un mero recuento acompañado de una explicación breve de cada uno de los indicadores hasta allí encontrados.

En el quinto componente, “*Preguntas para hacerse en casos concretos para determinar si la actividad desarrollada es misional o permanente*”, se transforman en preguntas los indicadores fundamentados en los acápites precedentes para darles aplicación en casos concretos.

En la sexta sección, titulada “*Hacia un concepto de lo misional y lo permanente*”, se trata de esculpir el concepto en cada uno de los ámbitos de los cuales emanaron indicadores para este cometido, en relación a las especificidades y formas legales que estas figuras presentan.

En la última parte de este componente, se presenta un mapa y un cuadro resumen para observar los indicadores construidos desde la perspectiva de las relaciones laborales directas y tercerizadas, para fundamentar su ilegalidad cuando encubren o disfrazan lo que en realidad es una relación laboral directa, poniendo a dialogar los criterios construidos a partir de las categorías de sentencias exploradas desde otra perspectiva.

3.2 De algunas prohibiciones y reglas de aplicación

La tercerización supera el concepto de subcontratación en sentido estricto y amplio, pues como señalan PUIG J., Y OTROS (2011) a propósito de las categorías que sugieren ERMIDIA y COLOTUZO (2009), “[se] excluye del campo de aplicación del concepto jurídico de subcontratación gran parte de la externalización tal como se practica en la actualidad”, ya que no se puede hablar de subcontratación si no existe previamente un contrato. “Por eso se considera como restrictiva del alcance de la posible responsabilidad solidaria de la empresa principal o tercerizadora respecto al cumplimiento de los derechos laborales y sociales de las/los trabajadores de la empresa subcontratista”.

Si bien el sentido amplio de la subcontratación es un poco más garantista pues “cobija todas las situaciones de tercerización entre empresas bajo relaciones jurídicas de índole civil o comercial, sin la condición de un contrato base previo”, la lectura de la tercerización a la que se hará referencia incluye la intermediación y el suministro de mano de obra para abarcar las situaciones de desprotección laboral generadas en Colombia por el falso autoempleo en el caso de las/los trabajadores independientes, el ocultamiento de la relación laboral entre la/el trabajador y quien se beneficia del servicio en los casos de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado –CTA, los Contratos Sindicales, las Empresas de Servicios Temporales –EST, las Sociedades por Acciones Simplificadas –SAS, fundaciones, a través de los contratos de prestación de servicios, civiles o comerciales y de la intermediación legal o ilegal, cuando estas figuras se utilizan para desconocer derechos laborales. Asimismo, se considera el fraccionamiento de capital que con el cumplimiento de los re-

quisitos de ley puede dar lugar a la declaratoria de unidad de empresa o grupo empresarial.

Respecto de los límites que ha establecido el legislador para evitar las figuras legales mencionadas se utilicen para generar ambigüedad u ocultamiento de la relación laboral, en la ley 1429 de 2010 o Ley de Formalización y Generación de Empleo, se estipuló la siguiente prohibición:

“El personal requerido **en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes** no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral **o bajo ninguna otra modalidad** de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.”⁴³ (Énfasis fuera del texto original)

En examen de constitucionalidad de esta disposición, la Corte Constitucional observó que en este inciso el legislador buscó llevar a prohibición legal *“lo que la jurisprudencia de las Altas Cortes ha venido reiterando en relación con la primacía del contrato realidad, al señalar que ni los entes públicos ni las personas privadas pueden encubrir las relaciones laborales caracterizadas por la subordinación, a través de distintas modalidades de contratación o de figuras como las cooperativas de trabajo asociado”*⁴⁴.

El legislador ha dispuesto pues esta y otras prohibiciones como mecanismo de protección a las/los trabajadores tercerizados bajo formas legales diversas de externalización que van más allá de las cooperativas de trabajo asociado. En razón a que la

43. Artículo 63. Parágrafo 1. En la misma disposición se establece que ante el desconocimiento de tal prohibición, las instituciones públicas o empresas privadas serían sancionadas con una multa de hasta cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, y las Precooperativas y Cooperativas serían objeto de disolución y liquidación; en el caso de los servidores públicos, se configura falta grave si contrata con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes.

44. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-690 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

externalización de una actividad misional permanente constituye una elusión de los derechos laborales, según consagra el artículo 63 de la norma precitada, podrá generar consecuencias como la imposición de multas por parte del Ministerio de la Protección Social a los entes públicos o privados, así como la disolución y liquidación de las precooperativas y cooperativas, y la configuración de falta grave al funcionario público que realice intermediación laboral para la realización de actividades misionales permanentes.

Sin embargo, el gran vacío legal existente acerca de qué entender por actividad misional o permanente obstaculiza la eficacia de esta norma en tanto convierte en difusos los límites respecto de lo que puede y no puede ser contratado bajo estas modalidades que no generan relación laboral y que se han utilizado de manera truculenta para encubrirla o disfrazarla cuando de hecho existe. Nótese que la breve definición que aporta el artículo 1° del Decreto 2025 de 2011⁴⁵, en el cual se señala que son misionales o permanentes “*aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa*”, está muy lejana de ser precisa.

En ese sentido, es imperativo, sino lograr un concepto, decantar indicadores que permitan establecer qué operaciones son misionales o permanentes para demostrar de la existencia de una relación laboral en situaciones de ambigüedad o encubrimiento y, en ese sentido, no solo propiciar la eficacia de la norma referida, sino también la protección efectiva de las/los trabajadores tercerizados. Al respecto son útiles algunos indicadores y conceptos que han emitido la OIT y las altas cortes colombianas alrededor de las relaciones de trabajo triangulares y las situaciones de desprotección que se han generado para las/los trabajadores en el marco estas y otras figuras legales en razón de diversas modalidades de contratación civil, comercial o administrativa.

De otro lado, el rediseño empresarial a través del fraccio-

45. A través de este decreto se buscó reglamentar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en lo referente a la contratación de personal a través de cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y terceros contratantes que infrinjan las prohibiciones al respecto.

namiento del capital genera situaciones de desprotección laboral. Conforme ha señalado la jurisprudencia, esta figura consiste en el

reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del/la trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la interrelación económica que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley⁴⁶.

En este contexto, y además del predominio económico de un ente económico sobre otro en virtud de los requisitos estipulados en el artículo 194 Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, determinar en qué medida las actividades que desarrollan son “similares, conexas o complementarias”, y es aquí donde surge la importancia de determinar qué actividades tienen el carácter de misionales permanentes para atacar situaciones en las que eluden las garantías laborales, ello teniendo presente, además, que en el caso del grupo empresarial, evaluar el carácter de similitud, conexidad o complementariedad de las actividades desarrolladas puede ayudar a determinar la “unidad de propósito y dirección”, requisito contenido en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 que modificó el Código de Comercio, como más adelante se verá.

Es importante hacer referencia al recientemente expedido Decreto 2798 de 2013, en el cual, a más de las limitaciones legales que se impone a la externalización en las normas de las cuales se ha hecho mención en precedencia, se establecen algunas re-

46. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047

glas incluso en el caso en que se haga uso de dichas modalidades de contratación de manera legal; estas son: (1) la aplicación preferente de las normas sobre Unidad de Empresa, (2) la aplicación de las normas sobre responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales, y (3) la constitución de garantías para amparar los derechos relativos a la remuneración, salarios, prestaciones e indemnizaciones de las/los trabajadores.

Si bien es cierto que con lo que el Decreto plantea se minimizan riesgos como la insolvencia del empleador formal mas no se resuelve la afectación a los derechos colectivos, resulta positivo que con estas disposiciones se desvanezca la aspiración de muchos empleadores de desentenderse de las responsabilidades frente a las y las/los trabajadores. Queda en el tinero la suerte del sindicalismo colombiano frente al uso de la externalización como instrumento para fraccionar y debilitar los sindicatos.

Con posterioridad a la promulgación de la Ley 1429 de 2010, y en referencia a las CTA, la Corte Constitucional emite la sentencia C-645 de 2011 en la cual realiza examen de constitucionalidad al artículo 63 de la nombra mencionada y se determina que “la compensación que en dichas cooperativas reciban las/los trabajadores asociados por las labores realizadas debe estar prevista de manera tal que, respetando la naturaleza asociativa y solidaria de esa modalidad de trabajo, resulte equivalente en condiciones a las que se han previsto para la retribución en el Código Sustantivo del Trabajo como un mínimo de garantías para las/los trabajadores”⁴⁷. En resumen, la Corte determinó en este examen que tanto el marco regulatorio estatal como el régimen interno de las CTA deben adaptarse en orden de que exista equivalencia de prestaciones a las y los cooperados y aquellas/os a los cuales se aplica el Código Sustantivo de Trabajo, lo cual resulta ser otro mecanismo para frenar la tercerización ilegal y proteger a las y las/los trabajadores.

47. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-645 DE 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

3.3 *Nociones de lo misional permanente para la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado*

Si bien se hace acopio de factores que han sido expresamente nombrados por la Corte Constitucional, estos, así como otros que se encuentran implícitos en diversos pronunciamientos de las Altas Cortes como de la OIT, tienen un carácter de interdependencia o se presentan en ocasiones en una estrecha relación cuando se aplican a los casos concretos. En esta medida, a la hora de analizar un caso, será más prometedora la conjugación de varios de los parámetros que en este capítulo se señalan para fundamentar la calificación de una actividad como misional o permanente.

3.3.1 indicadores para definir lo misional y lo permanente en el sector público y su aplicabilidad en el sector privado

Si bien el concepto de “*función misional permanente*” decantado por la Corte Constitucional obedeció en su momento específicamente al sector público, los indicadores formulados en la sentencia C-614 de 2009 no solamente se nutren de pronunciamientos previos realizados por el Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia en otros sectores económicos, sino que han sido empleados en pronunciamientos posteriores de la misma Corporación para analizar casos ajenos al sector público, como es el caso de las Cooperativas de Trabajo Asociado. Esto puede resultar en que sea posible realizar una interpretación analógica para la aplicación de los indicadores que a continuación se señalan en diversos sectores de la economía a más del ámbito público.

En la sentencia C-614 de 2009, la Corte Constitucional realiza examen de constitucionalidad del inciso 4º del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, en el que se consagra la prohibición de la celebración de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, caso en el cual debe procederse a crear los cargos correspondientes⁴⁸. Después de pronunciarse a cerca de la pro-

48. Esta regla jurídica había sido reiterada en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, según el cual “En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente

tección constitucional de la vinculación laboral con el Estado, la Corte señala el carácter de excepcional de la modalidad del contrato de prestación de servicios, y reitera que estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Es importante tener en cuenta que este tipo de contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales, aunque esta presunción quedaría desvirtuada de quedar demostrada la existencia de los elementos esenciales de una relación laboral⁴⁹, caso en el cual deberá realizarse el pago de tales rubros en virtud del principio de primacía de la realidad sobre la forma. De hecho, la Corte ha sido reiterativa⁵⁰ en señalar que la distorsión de las relaciones laborales cuando aparecen bajo la forma de contratos de prestación de servicios, implican el desconocimiento del régimen de presupuestal y de contratación estatal, así como de las disposiciones constitucionales referidas a la función pública, pues “*de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).*”⁵¹ Asimismo, se vulneran los derechos de las/los trabajadoras ante la coexistencia de distintos tratamientos salariales y prestacionales.

las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos”

49. Esto es, que se presten servicios personales, que se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, que se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado.
50. Ver, por ejemplo sentencias como la C-154 de 1997, C-056 de 1993, C-094 de 2003, C-037 de 2003, T-214 de 2005.
51. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

El Tribunal Constitucional cita la Sentencia C-154 de 1997 al referirse a ciertas características del contrato de prestación de servicios y expresa que *“la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia”*, por lo que *“la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato”*, por lo que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad; por otra parte, *“la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido”*, de este modo, si se excede el carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que se cree el empleo público.

De esta manera, existirá una relación contractual cuando: *“i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados”*⁵², esto es, que se trate de labores ocasionales, extraordinarias o que excedan su capacidad funcional. Lo anterior deja ver que el concepto de función permanente es un indicador fundamental para diferenciar la vinculación laboral y la vinculación contractual con el Estado, aparte de los elementos esenciales para establecer la existencia de una relación laboral.

A partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional⁵³ logra decantar los siguientes indicadores para determinar si una función es misional o permanente en el caso del sector público, si bien,

52. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

53. Ibidem.

como se mencionará, algunos de ellos pueden tener aplicabilidad en el sector privado; son éstos: *indicador funcional*, *indicador de igualdad*, *indicador temporal o de la habitualidad*, *indicador de la excepcionalidad*, *indicador de la continuidad*. Estos indicadores pasan a explicarse, aunque complementados con los pronunciamientos del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia y aplicados a otros sectores.

3.3.2 indicador funcional

Si la función o actividad consta como propia de la entidad pública en el reglamento, la ley o la constitución, o en la plataforma corporativa de una entidad privada, esta es misional permanente.

Esto se corresponde para el sector público con lo denominado por la Corte Constitucional como **indicador funcional**, respecto del cual señala que “si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral”⁵⁴. En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado⁵⁵ al expresar que “...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”⁵⁶

En un caso en el que el Consejo de Estado se pronunció a cerca de la existencia de contrato realidad entre la/el trabajador y un establecimiento público como beneficiario del servicio en una rela-

54. Ibidem.

55. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2003. Radicado 0370-2003. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.

56. Ibidem.

ción triangular⁵⁷, determinó que la triangulación aparente tuvo por objetivo relevar al ente territorial de su carácter de empleador, puesto que el establecimiento público, un Fondo de Semaforización y Apoyo de Tránsito Municipal, se creó para cumplir no una finalidad esporádica o eventual sino todo lo contrario, tenía por misión una función pública de carácter permanente, y para demostrar que en el actor recaían responsabilidades directas en el logro de los objetivos y finalidades para los cuales fue creado el referido Fondo, se valió de la misión y los objetivos yacientes en la ordenanza municipal a través del cual tal organismo fue creado. Por este motivo, no podían ser materia de contratación a través de la modalidad de empresas de servicios temporales y de prestación de servicios.

Como emanante de este indicador, se encuentra que en relación a las entidades privadas, si la actividad de que se trate está contenida en la plataforma corporativa del beneficiario de la misma, esto es, en su misión, visión u objetivos corporativos, se trata de una actividad misional permanente, en la medida en que su contenido determina el esencial hacer de la empresa.

3.3.3 indicador de igualdad

Si una actividad externalizada es desarrollada en sus mismas características por empleados directamente vinculados con el ente público o privado, es una función misional permanente.

Esta circunstancia es la denominada como ***indicador de igualdad***⁵⁸ por la Corte Constitucional, y contiene que si en cumplimiento de los tres elementos de la relación laboral, se desarrollan las mismas labores que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad, *“debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública”*⁵⁹.

57. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 10 de agosto de 2006. Radicado 4096-03. Consejero Ponente Alejandro Ordóñez Maldonado.

58. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

59. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 6 de septiembre de 2008. Radicado 2152-062. Consejero Ponente: Gustavo

En un caso en el que el Consejo de Estado se pronunció a cerca de la obligación de la entidad pública de crear los cargos cuando estos tienen vocación de permanencia en desarrollo de la misión de la entidad, expresó respecto de la igualdad que en el caso “[era] notoria la inequidad en el trato, pues aun existiendo la necesidad de crear el cargo en la planta de personal se mantuvo persistente la vinculación contractual. Lo anterior, se deduce en razón a la inherente labor cumplida por la entidad en relación con la ejecutada por la actora.”⁶⁰

En ese sentido, será fundamental determinar en qué medida la función desarrollada por la/el trabajador formalmente externalizado se corresponde con la desempeñada por los empleados de planta, para lo cual resulta indispensable realizar un cotejo de los manuales de funciones de los primeros, con las obligaciones contenidas en los contratos de carácter civil o comercial. Puede pues inferirse que ello no sólo opera para las entidades públicas, sino para las de carácter privado, si bien en el primer caso han sido más insistentes las Altas Cortes en señalar que el cargo debe ser creado e integrado a la estructura de personal a tenor de las disposiciones legales y constitucionales que así lo determinan.

Por violación del derecho a la igualdad, el Consejo de Estado analizó un caso en el que la demandante pretendía se le reconociera la diferencia salarial respecto de otros trabajadores oficiales de diferente categoría en razón a que desempeñaba las mismas funciones. Lo que pretende mostrarse en este caso es que, si bien se daba una relación laboral, la realización de iguales funciones se empleó como fundamento para equiparar ideológicamente los cargos y solicitar el pago de los excedentes acumulados⁶¹. Lo

Eduardo Gómez Aranguren. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.

60. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 18 de mayo de 2006. Radicado 1553. Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado.
61. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 26 de enero de 2006. Radicado 0735-05. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

mismo pues en tratándose de actividades misionales permanentes, en las cuales la igualdad en las funciones desarrolladas por el personal de planta y las realizadas de manera externalizada dan cuenta de que la entidad esquivó el deber legal de generar relaciones de trabajo en esos casos.

Este mismo tribunal ha expresado que como elemento adicional a las exigencias legales de remuneración, prestación personal del servicio y remuneración, para probar la existencia de una relación laboral corresponde al interesado “[...] *demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,*⁶² *para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral*”⁶³. En este caso se observa, pues, la conexión o interrelación entre los indicadores de que la actividad desarrollada haga parte de los objetivos de la entidad, o indicador funcional, y la igualdad.

Sin embargo, la regla según la cual en la indemnización para restablecer el derecho del/la trabajador cuando en virtud del principio de igualdad acciona y de hecho se reconoce la existencia de relación laboral y la realización de las mismas funciones de los empleados públicos, tiene que tenerse en cuenta el monto pactado en el contrato de prestación de servicios y no lo devengado por los docentes vinculados a la planta de personal, resulta ser una aplicación paradójica cuando no absurda del indicador de igualdad si se utiliza de manera absoluta.

El Consejo de Estado⁶⁴ ha fundamentado el presente señalando, en el caso de los docentes, que “*aunque el simulado contrato de prestación de servicios docentes suscrito con el demandante*

62. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 29 de septiembre de 2005. Radicado 2990-05.

63. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 13 de marzo de 2008. Radicado 0087-07. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

64. Ver, por ejemplo, sentencias del 6 de febrero de 2003, radicado 2040-02, y del 13 de marzo de 2008, radicado 0087-07.

pretendió esconder una vinculación de derecho laboral público, éste no puede ser considerado empleado público docente [y en ese sentido] será el valor pactado en el contrato y no otro el que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales [...]”⁶⁵

En jurisprudencia posterior sobre un caso similar, expresó esta Corporación que ello se debe igualmente a que “[...] *las asignaciones salariales en el caso de los docentes dependen de las condiciones particulares demostradas por cada uno de ellos; y en segundo término, porque aceptar la existencia de un contrato realidad, también debe aceptarse como válido el pacto que las partes hicieron de la remuneración.*”⁶⁶

Se propone que en cada caso se evalúe qué base para el cálculo de las prestaciones resulta ser más beneficiosa al trabajador, si la del monto pactado en el contrato civil o comercial, o el devengado por el servidor público o trabajador de planta que desarrolla las mismas funciones. Considerando que con el hecho de liquidar las prestaciones sociales a partir de lo devengado por las/los trabajadores de planta que desempeñan las mismas funciones que el externalizado no se adquiere *per se* la condición de empleado público, sino se decidiría de manera proteccionista y en garantía de la igualdad efectiva.

3.3.4 indicador temporal o de la habitualidad

Si la actividad es requerida de manera continua o habitual por el ente público o privado, es de carácter misional permanente.

En oposición a las características de temporalidad y transitoriedad que expresan el sentido y alcance de la externalización de labores, la naturaleza habitual de una actividad dice de su carácter de misional permanente. Es este el sentido del **indicador**

65. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 6 de febrero de 2003. Radicado 2040-02. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante

66. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 13 de marzo de 2008. Radicado 0087-07. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

temporal o de la habitualidad decantado por la Corte Constitucional⁶⁷.

Lo señalado por esta Corte en la sentencia C-614 de 2009 en este punto incluye aspectos que darían cuenta de la existencia de una verdadera relación laboral a más de una mera relación ocasional o esporádica, en tanto indicativas del ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, como el *cumplimiento de un horario de trabajo* y la *realización frecuente de labor*, expresiones de constancia y cotidianidad⁶⁸, y la *suscripción sucesiva de órdenes por parte del empleador*⁶⁹.

En sentencia del Consejo de Estado se ve de manera clara la aplicación de este indicador cuando la Corporación establece que como “[...] *se suscribieron con el demandante ocho órdenes de trabajo entre el 10 de abril de 1995 y el 06 de abril de 1997, lo que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo sus servicios, [...] no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, sino de una verdadera relación de trabajo, que por ello requirió de la continuidad que ha sido destacada, lo cual se constituye en una prueba [de] una relación de tipo laboral*”⁷⁰.

En cuanto a la suscripción sucesiva de órdenes por parte del empleador, el Consejo de Estado ha expresado que cuando ello se presenta en contratos de prestación de servicios, siendo actividades propias del personal de planta y que no requieren conocimientos especializados “[...] *impone al servidor una relación no convenida y lo induce a la firma de tales órdenes y contratos, [...] constituyendo “nóminas paralelas” con la diferencia de que a quienes las conforman les despoja de todo derecho surgido de*

67. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

68. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 3 de julio de 2003. Radicado 4798-02. Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.

69. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 17 de abril de 2008. Radicado 2776-05. Consejero Ponente Jaime Moreno García. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.

70. Ibidem.

tal relación. Además, los derechos mínimos reconocidos en las normas laborales son irrenunciables”⁷¹; así, este indicador está asimismo en íntima conexión con el derecho fundamental a la igualdad.

3.3.5 INDICADOR DE LA EXCEPCIONALIDAD

Si la actividad externalizada no es nueva o de carácter excepcional para la entidad pública o privada, es misional o permanente.

Es este el tenor del *indicador de la excepcionalidad* tal cual fue propuesto por la Corte Constitucional⁷² para el sector público, la que opera en circunstancias en las que una tarea “*no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública*”⁷³. En ese sentido, si una labor corresponde al *giro normal de los negocios*, tal debe corresponder a una relación laboral.

Como lo ha expresado el Consejo de Estado⁷⁴, sólo puede acudirse a la contratación pública bajo circunstancias en las cuales la tarea a desarrollar corresponde a “*actividades nuevas*”, las cuales no puedan ser realizadas por el personal de planta o resultarían en excesivo recargo laboral o de manera transitoria resultare necesario redistribuir, así como aquellas que requieran conocimientos especializados. Lo anterior está acorde con lo establecido en el artículo 1 del decreto ley 3074 de 1968, el cual reza que “*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso,*

71. Ibídem.

72. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

73. Ibídem.

74. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de febrero de 2002. Radicado 3530-2001. Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.

podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”⁷⁵. De corresponderse la actividad contratada con el *giro normal de los negocios*, deberá pues existir una relación laboral y no puramente contractual. La sala laboral de la Corte Suprema ha, asimismo, declarado frente al caso de empresas industriales y comerciales del Estado que “[...] *la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de las/los trabajadores, mediante contratos de trabajo*”⁷⁶.

En este pronunciamiento hace extensiva la aplicación del presente indicador a las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales están sometidas al régimen de derecho privado⁷⁷. Por otra parte y en consonancia con la ley 1429 de 2010 ya citada, el indicador de excepcionalidad es aplicable a toda empresa, sea pública o privada, en su tenor de que sólo puede externalizarse una actividad si no es misional permanente, esto es, sólo actividades entendidas como *excepcionales*.

Es importante precisar que cuando existe formalmente un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional, mas no

75. Colombia. Decreto 3074 de 1968.

76. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 21 de abril de 2004. Radicado No. 22426. Magistrado Ponente Eduardo López Villegas. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009

77. El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 define las empresas industriales y comerciales del Estado como “organismos creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnan las siguientes características: Personería jurídica; autonomía administrativa y financiera; capital independiente constituido con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribución de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución. []”

implicará ello conferir al actor la condición de empleado público, como bien lo ha señalado el Consejo de Estado, ya que *“para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público”*⁷⁸.

3.3.6 INDICADOR DE CONTINUIDAD

Si la actividad se desarrolló haciendo uso de la contratación sucesiva, es misional permanente en tanto se demuestra su requerimiento continuo.

Respecto del *indicador de continuidad*, expresa la Corte Constitucional que *“si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”*⁷⁹. El tenor de esta interpretación parte de los casos en los cuales una entidad emplee la contratación sucesiva como forma de evadir la necesaria vinculación laboral que devendría del carácter permanente de la actividad.

La Sección Segunda del Consejo de Estado ha indicado que *“no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este”*⁸⁰. En

78. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

79. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

80. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia del 21 de agosto de 2003. Radicado 0370-2003. Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.

síntesis, la entidad deberá optar por ampliar la planta de personal si la labor que requiere contratarse hace parte de las funciones propias de la entidad y no pueden ejecutarse por los empleados de planta, o se requieren conocimientos especializados.

En un caso, la Corte Suprema determinó que por parte de una entidad prestadora de servicios de salud se observaba obrar desleal al contratar de manera continuada al demandante, quien se desempeñaba como odontólogo, bajo el ropaje de varios contratos de prestación de servicios, “[...] hasta el punto de realizarle sin justificación como se dijo veintidós (22) contratos administrativos para desempeñar por espacio de 7 años, 11 meses y 23 días una actividad habitual y permanente, a sabiendas de que se está en presencia de una relación de carácter laboral [...]”⁸¹.

También esta Corporación, en un caso en el que se suscribieron ocho contratos de prestación de servicios, y al final una prórroga, expresó que se trató de una relación laboral única, “[...] pues la brevedad en los interregnos, entre la terminación de un contrato y la suscripción de uno nuevo, permite inferir sin lugar a dudas que la voluntad de la demandada fue inequívoca en mantener vigente una vinculación laboral permanente [...], de modo que existió una sola relación laboral [...]”⁸².

3.4 el carácter misional permanente como elemento subyacente a la subordinación: Entre la “prestación eficiente del servicio” y el desarrollo de una actividad misional permanente.

En aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del beneficiario del servi-

81. Colombia. Corte Suprema de Justicia. sala Laboral. Sentencia del 7 de febrero de 2012. Radicado 38863 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

82. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 1º de marzo de 2011. Radicado 40932. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Ver, asimismo, la sentencia del 19 de octubre de 2006, radicado 27371.

cio. De hecho, la OIT ha señalado⁸³ que la *dependencia y subordinación* o trabajo realizado bajo la *dirección, autoridad, supervisión o control* del empleador, o bajo las *órdenes o instrucciones del empleador*, o *dadas* por cuenta de éste son los *factores* más usuales para calificar la prestación del /la trabajador en el marco del contrato de trabajo.

Sin embargo, en diversos pronunciamientos de las Altas Cortes, si bien se acude a la subordinación como indicador, en el fondo de la discusión subyace el carácter de misional permanente de la actividad desarrollada y ello se toma como expresión del carácter subordinante de la relación de trabajo. La importancia de ello es que, en asomo de la cualificación de una función como misional permanente, a más de su carácter subordinado se da cuenta de la existencia de situaciones ilegales de externalización laboral, lo que daría lugar a la existencia de contrato realidad en los casos de intermediación entre la/el trabajador y el beneficiario del servicio así como a las sanciones de ley por ir en detrimento de los derechos y garantías laborales, a tenor de la ley 1429 de 2010.

En ocasiones, el indicador según el cual se requiere necesariamente algún grado de subordinación por parte del/la trabajador como parte informadora de la *prestación eficiente del servicio* no es más que una forma de eludir la existencia de una relación de trabajo por desarrollo de una actividad misional permanente que subyace a una verdadera subordinación.

A continuación, algunos ejemplos que no sólo dan cuenta de lo anterior, sino que permiten esculpir algunos indicadores para determinar el carácter de misional permanente de una actividad.

3.4.1 Indicador de control por el objeto

Si el empleador tiene una mayor posibilidad de ejercer control sobre actividades, puede que estas tengan el de misionales permanentes.

83. OIT: La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. P. 21. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>

El elemento de subordinación ha sido ampliamente empleado para probar la existencia de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre la forma. La facultad o posibilidad del empleador para ejercer control sobre la actividad es útil al momento de determinar el carácter de misional permanente de una actividad, más allá de probar la existencia en el caso del elemento de la subordinación como constitutivo de la relación de trabajo.

Esto se debe a que entendiendo que el empleador tiene una mayor capacidad de control sobre una actividad que hace parte fundamental de su objeto, en relación a sus capacidades técnicas, los protocolos fijados y su experticia, el espectro de posibilidades de control sobre la actividad externalizada que en la realidad es misional permanente del beneficiario de la misma, es superior. De otra manera, esto es, para realizar control respecto de actividades no misionales permanentes, requerirá un control externo especializado o hacer este control a partir de la exigibilidad de las cláusulas del contrato civil o comercial como tal para alegar incumplimiento. De esta manera, el espectro sancionatorio se amplía cuando la actividad desarrollada se corresponde con las labores misionales permanentes de la entidad. La pregunta por cuál es el haber de posibilidades con que cuenta el empleador para ejercer control sobre la actividad realizada, sería pues fundamental al momento de calificar una actividad como misional o permanente.

Para ilustrarlo, la Corte Suprema de Justicia⁸⁴ en un caso en el que se pronunció a cerca de la existencia de contrato realidad por parte del demandante (neurocirujano) y una IPS, entre los cuales existía formalmente un contrato de prestación de servicios, consideró que las directrices o instrucciones emitidas por parte de la entidad al considerado contratista, daban cuenta de su subordinación. Sin embargo, y frente al tema de análisis, es importante señalar que tales directrices o instrucciones emitidas

84. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de marzo 1 de 2011. Radicado No. 40932. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

por parte de esta al neurocirujano versaban sobre “la atención de los pacientes”⁸⁵, la “evaluación o valoración pre anestésica de los pacientes que van a ser sometidos a cirugía”⁸⁶, “manejo de especímenes quirúrgicos”⁸⁷, “uso y manejo de medicamentos en cuanto a su formulación, administración y suministro”⁸⁸, esto es, sobre actividades misionales permanentes que por tales requieren un conocimiento especializado que está en relación con el objeto de la parte demandada. Esto da cuenta de que a más de la relevancia de la prueba de subordinación, el profundo carácter técnico y especializado de las órdenes impartidas por parte de la entidad y de allí la correspondencia con el desarrollo de su objeto, da cuenta de que el demandante desempeñaba funciones misionales permanentes y de que se presentaba en ese caso una externalización ilegal.

En ese mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia⁸⁹ falló en el sentido de negar las pretensiones a la demandante en un caso en el cual esta pretendía la condena en solidaridad⁹⁰ de una entidad territorial y una compañía dedicada a la implementación de programas de software con fundamento en que las actividades que desarrollaba “correspondían al giro ordinario de la primera y eran esenciales para su cometido público y social”, considerando que el objeto de las entidades territoriales es el bien común y el interés general de sus asociados, no podía derivarse que la instalación y desarrollo de programas de software estén dentro del giro ordinario de las actividades de una entidad territorial

85. Ibídem.

86. Ibídem.

87. Ibídem.

88. Ibídem.

89. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de marzo 14 de 2003. Radicado N° 19047. M.P. Luis Javier Osorio López.

90. Es importante señalar que la responsabilidad solidaria que cabe al dueño de la obra sólo se excluye, cuando la actividad ejecutada por el contratista es totalmente ajena o extraña a las que corresponden al giro ordinario de los negocios del contratante, pero cuando son afines, semejantes, equivalentes o que se entiendan comprendidas entre las que desarrolla el beneficiario de la obra, la solidaridad se impone para garantizar el pago de las acreencias laborales a las/los trabajadores.

en razón de que las TICs procuren una mejor prestación de los servicios. La Corte concluyó que la instalación y desarrollo de programas de software no está dentro del giro ordinario de las actividades del ente demandado pues el ente no está dedicado a suministro, instalación y puesta en marcha de plataformas tecnológicas, *“pues de aceptarlo así, la solidaridad pretendida por el recurrente, dada su forma de deducirla, podría extenderse indiscriminadamente”*.

Aplicando el presente indicador al caso, se ve cómo un ente territorial no podría eventualmente ejercer control técnico o especializado sobre la actividad de instalación y mantenimiento de software realizado por la compañía a través de la cual prestó el servicio la parte demandante, sino meramente remitirse a las cláusulas contractuales o requerir apoyo externo para la realización de auditorías.

En razón a la supervisión de que era sujeto el demandante en un caso analizado por la Corte Suprema⁹¹ en el que se estableció la existencia de contrato realidad entre una universidad y quien se desempeñaba como director de la misma y quien había sido contratado en intermediación, se ejercitaban sobre sus funciones *“ciertos controles de los que solamente se realizan a las personas que ejercen funciones subordinadas, que no se justifican en tratándose de un trabajador asociado a una cooperativa de trabajo que supuestamente preste un servicio por cuenta de ésta”*⁹². La Corte lo consideró probado a partir de la confesión surgida de un interrogatorio cuando se preguntó sobre los mecanismos que utilizaba la universidad (parte demandada) para controlar el desarrollo de las actividades que realizaba el demandante; frente a esta pregunta se admitió que tenía *“[...] mecanismos de revisoría y auditoría tanto académica como administrativa, es decir tiene un control para que la calidad y la buena marcha de la Universidad corresponda con las exigencias del contexto [...], debien-*

91. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Radicado No. 35790.M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

92. Ibidem.

*do entregar informes periódicos de la marcha tanto académica como administrativa [...]”*⁹³.

Como se observa, en este caso, el control o auditoría sobre las actividades desarrolladas por la/el trabajador que, de hecho, requerían conocimientos especializados al tratarse del cargo de dirección de una institución de educación superior, era ejercitada por la misma universidad, la cual tenía esta capacidad por estar dicha labor en estrecha conexidad con sus actividades misionales permanentes.

En un caso en el que se demandó a una entidad territorial que realizó con la demandante contrato administrativo de prestación de servicios como docente oficial, asignándosele funciones de carácter permanente propias de un docente oficial y sin que se le reconocieran los derechos mínimos laborales legalmente consagrados para los docentes oficiales, el Consejo de Estado determinó que existía relación laboral en la medida en que “La actora prestó sus servicios personalmente, de manera continua y encontrándose subordinada a las autoridades educativas de la administración distrital, a las del establecimiento educativo en el cual fue ubicada [...] y a las normas de derecho público que regulan el ejercicio docente [por lo que] se encontraba bajo una relación de orientación y mando, esto es, no podía ejercer en forma libre y autónoma su actividad pues se encontraba sujeta a las órdenes del respectivo superior, a quien debía rendir cuentas de su oficio.”⁹⁴

La Corte Suprema de Justicia ha considerado, asimismo, “la elaboración de reportes semanales, la información a presentar, la asistencia a reuniones de trabajo o ventas, la asignación de clientes o prospectos, la autorización de gastos para llevar a cabo

93. *Ibídem.*

94. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 15 de junio de 2006. Radicado 2603.

Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

Ver, asimismo, las sentencias del 7 de abril de 2005, radicado 2152; del 6 de marzo de 2008, radicado 4312; del 30 de marzo de 2006, radicado 4669; del 14 de agosto de 2008, radicado 157-08.

la tarea de ventas [...]”⁹⁵ como muestra de existencia de subordinación laboral, control que puede ejercer la compañía en tanto atinente a su objeto.

Cuando en un caso el *ad quem* consideró que no se puede pregonar subordinación laboral por el solo hecho de tener que cumplir un horario cuando esta situación deviene del objeto mismo del contrato administrativo, consideró la Corte Suprema que quien presta un servicio personal de cumplir con un horario es signo indicativo de subordinación, en la medida en que “[...] *sujeta su actividad a las instrucciones que, en lo que tiene que ver con la oportunidad en la cual debe cumplir su labor, le impone quien recibe tal servicio, y, por lo tanto, constituye claro desarrollo de la facultad de someterlo a reglamentos, además de ser una limitación de la autonomía en lo referente a la libre disposición del tiempo que, de igual modo, es manifestación de subordinación laboral, en cuanto implica ‘control especial del patrono’*”.⁹⁶

3.4.2 Indicador de injerencia en la selección del personal

Si el beneficiario del servicio tiene la posibilidad de intervenir en la selección del personal requerido en razón al campo o especialidad de su objeto, las actividades que serán desarrolladas son misionales.

En un caso en el que la Corte Suprema se pronunció a cerca de la existencia de contrato realidad entre el beneficiario del servicio que había intermediado su prestación a través de una cooperativa de trabajo asociado⁹⁷, señaló cómo al estar contemplado en una de las cláusulas del contrato entre la empresa beneficiaria y tal cooperativa que la primera se ocuparía de realizar exáme-

95. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 24 de abril de 2012. Radicado 39600. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

96. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de marzo 1 de 2011. Radicado No. 40932. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

97. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Radicado No. 35790. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

nes y entrevistas a través de profesional en psicología y trabajo social, se demostraba la injerencia de la misma en la selección de los supuestos asociados a la cooperativa que prestarían sus servicios. Como lo señaló el Colegiado, esto “*desdice de la autonomía administrativa que debe caracterizar a las actividades de una cooperativa de esa naturaleza*”⁹⁸. Este fue uno de los argumentos de la Corte para establecer que el convenio asociativo no se presentó en la realidad sino se utilizó para ocultar una verdadera relación laboral, por lo que declaró su existencia entre la entidad beneficiaria y las/los trabajadores.

Lo que pretende señalarse en este punto es si bien el argumento de la Corte fue la realización de pruebas por parte de la empresa beneficiaria del servicio como un acto de injerencia en la autonomía administrativa de la cooperativa, la modalidad de las pruebas o exámenes y el grado de conocimiento especializado que busque medir en la/el trabajador puede dar cuenta de que se trata de una actividad misional permanente, pues las posibilidades del ente productivo para testear conocimientos técnicos y especializados *por sí misma* solamente puede derivarse de que esté en consonancia con el objeto social la actividad que habrá de ser desarrollada por quien es evaluado en dicho proceso de selección, esto sin hacer referencia exclusivamente a la intermediación pero sí a la externalización de labores en general.

Contrario sensu, cuando se trata de labores inconexas a las actividades misionales permanentes y requiriere de un profesional con conocimiento especializado no relacionado con su objeto no, tendría pues la capacidad de realizar por sí misma este tipo de

98. Ibídem. En el artículo 6 del Decreto 468 de 1990 se establece que “La cooperativa de trabajo asociado deberá organizar directamente las actividades de trabajo de sus asociados con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización, características éstas que deberán también prevalecer cuando se conviene o contrata la ejecución de un trabajo total o parcial a favor de otras cooperativas o terceros en general”. Artículo 3° del Decreto 2025 de 2011 establece que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y el tercero que contrate con estas será objeto de las sanciones de ley, entre otras circunstancias, cuando “c) La cooperativa o precooperativa no tenga la propiedad y la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten”.

pruebas por lo menos en lo que se refiere al examen objetivo de conocimientos y capacidades en relación con el área del conocimiento a la que se circunscribe su objeto.

En un caso en el que la Corte Suprema de Justicia analizó la naturaleza del vínculo contractual entre una universidad y una cooperativa de trabajo asociado, determinó que había injerencia de la demandada en la selección de los supuestos asociados a la cooperativa de trabajo asociado que le prestarían los servicios, lo que, sin duda, va en contra de la autonomía administrativa que debe caracterizar a las actividades de una cooperativa de esa naturaleza, como lo establece el artículo 6 del Decreto 468 de 1990⁹⁹. Señaló la Corte lo siguiente:

Para la Corte es evidente que si la demandada escogía los asociados que le trabajarían, no puede hablarse de que en realidad ellos estuvieran solamente vinculados a través de un convenio de trabajo asociado, porque esa intervención es muestra de que el convenio asociativo no se presentó en la realidad, como que sirvió para esconder una verdadera relación laboral¹⁰⁰.

En este caso, la Corte infirió que la cooperativa sirvió para enviar trabajadores en misión de manera irregular, y que la demandada se reservó la facultad de ejercer, respecto de los asociados, conductas constitutivas de subordinación laboral.

3.4.3 Indicador de conexidad

Si las actividades realizadas son conexas a las claramente misionales permanentes, son parte integrante de las mismas en tanto adquieren vocación de permanencia.

99. Esta disposición establece: “AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA Y RESPONSABILIDAD EN LA REALIZACIÓN DE LAS LABORES. La cooperativa de trabajo asociado deberá organizar directamente las actividades de trabajo de sus asociados con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización, características éstas que deberán también prevalecer cuando se conviene o contrata la ejecución de un trabajo total o parcial a favor de otras cooperativas o terceros en general”.

100. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Radicado 35790. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que las actividades en conexión directa con el desarrollo de funciones de carácter misional permanente no corresponden meramente a la “eficiente prestación del servicio”, como en un caso¹⁰¹ lo señalare el *ad quem*, sino que estos “catálogos de obligaciones” equivalen a una efectiva subordinación.

Al observar los catálogos a los que hace referencia la Corte en este caso se encuentra que contienen actividades que están en conexión directa con la realización de funciones misionales permanentes en tanto conjugan el conocimiento específico y la experticia en el ámbito del desarrollo del objeto social con situaciones que determinan operativamente la realización de tales funciones y se convierten, por tanto, en subordinantes. En la sentencia referenciada, la realización de juntas médicas, organización de las especialidades, disposición de turnos y cronograma para la realización de cirugías se consideró como responsabilidades del demandante en su calidad de jefe de neurocirugía que, más allá de ser funcionales a la prestación del servicio de salud, configuraban la subordinación y, como se ve, son fundamentales o determinantes para el desarrollo de la actividad misional permanente que en este caso es la prestación del servicio de salud.

3.4.4 Indicador de función de dirección

Si la labor realizada consiste en dar órdenes o emitir directrices sobre el desarrollo de actividades misionales permanentes es, será esta en sí misma misional permanente.

En el mismo caso citado en precedencia, el demandante desarrollaba labores de coordinación de actividades misionales permanentes de la IPS en materia de neurocirugía, lo cual para el Colegiado se manifiesta en “hacer extensivos memorando a los especialistas de su área”¹⁰², las “órdenes impartidas de manera particular a éste en calidad de Jefe o Coordinador de neurocirugía”¹⁰³, “[el envío de] las hojas de vida de dos colegas para su

101. *Ibidem*.

102. *Ibidem*.

103. *Ibidem*.

revisión, evaluación y concepto”¹⁰⁴, el exigido “estricto cumplimiento en la programación de Salas de Cirugía”¹⁰⁵ como parte de sus labores de coordinación. La Corte encontró que las pruebas documentales que daban cuenta de lo anterior “*no son exclusivas a una prestación eficiente del servicio en la atención de los pacientes por parte de médicos adscritos independientes, sino que de ellas y por sobre todo, es indudable que se desprende palmaria-mente para el caso particular del accionante, una dependencia o subordinación jurídica específica por lo menos mientras ostentó la condición de Jefe o Coordinador del servicio de Neurocirugía de la Clínica [...]*”¹⁰⁶.

Como se ve, y para proponer otro indicador en la determinación del carácter de misional permanente de la actividad desempeñada, se resalta que la Corte expresó que no se refería la prestación eficiente del servicio; las funciones desempeñadas por el demandante en su papel de jefe o coordinador de neurocirugía se consideraron *materialmente subordinadas*, y se observa que éstas versaban no hacia la mera prestación eficiente del servicio, sino de actividades misionales permanentes sobre las que el demandante llegó a ejercer control en virtud de su cargo y de sus conocimientos especializados. La Corte expresó:

“el demandante estaba encargado no solo de la atención de pacientes, sino además, de la Jefatura del Servicio de Neurocirugía [...] y luego de la Coordinación Nacional de Neurocirugía [de la entidad demandada], lo que implicaba una serie de tareas que como atrás quedó visto se cumplían bajo el sometimiento y dependencia de las demandadas, dando firmeza a la relación laboral existente entre las partes para los años 1995 a 1998.”¹⁰⁷

En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado frente al Jefe de Presupuesto de una entidad pública¹⁰⁸, y la Jefatura del

104. Ibídem.

105. Ibídem.

106. Ibídem.

107. Ibídem.

108. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 23 de junio de 2005, Radicado 245-03

Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa¹⁰⁹.

En un caso en el cual el Consejo de Estado determinó la indemnización por la permanencia del contrato de prestación de servicios de la demandante con centro de salud adscrito a una universidad pública, resaltó que la actora desempeñaba, entre otras, actividades consistentes en coordinar los programas de salud de la misma, actividades que de aquellas que corresponde prestar con seguridad y confianza, motivo por el cual, requería estar prevista en la planta de la entidad. La Sala consideró que se trataba de una función administrativa propia de la entidad que no debió contratarse por prestación de servicios¹¹⁰. En este caso pues, se creó un cargo y, en sustitución del decreto de nombramiento y el acto de posesión, se creó una formalidad con el fin de disfrazar la relación laboral.

Este indicador expresa también el *grado de integración* a la empresa en la medida en que el cargo hace parte de su estructura jerárquica, indicador que a continuación se fundamenta.

3.5 SOLIDARIDAD

Indicadores decantados de la jurisprudencia de declaratoria de solidaridad entre el ente beneficiario del servicio y la entidad contratista en consideración a que la/el trabajador realiza actividades misionales permanentes del primero.

La labor desempeñada por la/el trabajador, así como la desarrollada por la entidad contratista, son elementos que la Corte Suprema de Justicia ha señalado deben tenerse en cuenta al momento de determinar la solidaridad a tenor de lo establecido en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, *“en la medida en que es dable considerar que si esa actividad no es ajena a la del beneficiario o dueño de la obra y se ha adelantado por razón de un contrato de trabajo celebrado con un contratista independiente, militan razones jurídicas para que ese beneficiario o dueño de la obra se haga responsable de las obligaciones*

109. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de octubre de 2005. Radicado 24057. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

110. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 18 de mayo de 2006. Radicado 1553. Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado.

*laborales que surgen respecto de ese trabajador, en cuanto se ha beneficiado de un trabajo subordinado que, en realidad, no es ajeno a su actividad económica principal”*¹¹¹.

La importancia de determinar el carácter misional permanente de la actividad en cabeza del ente contratista respecto de la entidad que se beneficia de la misma yace, como ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el hecho de que “...para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, las/los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal”¹¹². De esta manera, la misma Corporación ha señalado que la/el trabajador como directo perjudicado del incumplimiento, “es el llamado en primer lugar a reclamar las obligaciones dejadas de pagar por el contratista bien sea al contratista, al beneficiario o a los dos, y, siempre y cuando logre probar estos cuatro elementos: i) el contrato de trabajo con el contratista independiente y el de obra con el beneficiario del trabajo y, ii) la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada, esto es, el hecho de que la actividad contratada pertenezca a las actividades normales o corriente de quien encargó su ejecución y, iii) la falta de pago de lo reclamado”¹¹³.

En las líneas anteriores se abordó la naturaleza de la actividad misional permanente desde la perspectiva de la labor desempeñada por la/el trabajador para el establecimiento de relación de trabajo directa entre este y el ente beneficiario del servicio en

111. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 1º de marzo de 2010. Radicado 35864. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sin salvamento de voto.

112. Sentencia del 8 de mayo de 1961, citada en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 1º de marzo de 2010. Radicado 35864. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Ver, asimismo, la sentencia T-225 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

113. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sin salvamento de voto.

relaciones triangulares, o respecto del contratista por prestación de servicios. Sigue pues, abordar lo que jurisprudencialmente se ha entendido por actividad propia del giro ordinario de los negocios, desde la perspectiva de la relación existente entre el ente beneficiario del servicio y la empresa contratista. Al respecto, los casos en los cuales las cortes han analizado si hay lugar a la solidaridad entre estas, así como las sentencias respecto de empresas de servicios temporales, son de gran utilidad para dilucidar qué se entiende por actividad misional o permanente y propiciar no solamente se declare la solidaridad, sino la existencia de un grupo empresarial con una situación de control no declarada.

Los fallos en los cuales la Corte Constitucional se pronuncia a cerca de la existencia de solidaridad entre la CTA, EST, o el contratista independiente y el beneficiario de la obra son escasos en razón del carácter excepcional de la acción de tutela, por lo que conmina a intentar tal declaratoria ante la jurisdicción ordinaria laboral¹¹⁴ en los casos en los que no se presenta violación de los derechos fundamentales o su amenaza directa para que sea

114. En sentencia T-225 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, señaló la Corte lo siguiente:

En cuanto, a la responsabilidad solidaria del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo considera la Sala que es un tema que atañe a la competencia de la justicia ordinaria laboral, toda vez que los presupuestos dispuesto para la existencia de dicha solidaridad [] exigen del análisis del juez laboral a fin de determinar la procedencia de dicha responsabilidad, por lo que el trabajador podrá acudir al juez laboral para que se condene solidariamente tanto ARDCO Construcciones Ltda. como a la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. y hacer efectiva la protección del mencionado artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la sentencia T-457 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, señaló la Corte Constitucional respecto de la solidaridad en los contratos sindicales: Frente a los contratos colectivos sindicales, el tema de la solidaridad entre el sindicato, el empresario y los terceros beneficiarios o dueños de la obra contratada, [], deben ser resueltas en el escenario natural, es decir, por el juez natural (principio de subsidiariedad de la tutela). Salvo cuando exista un grave compromiso de derechos fundamentales y en procura de brindar una protección transitoria para evitar que se cause un perjuicio irremediable, es dable que el juez constitucional establezca la figura de la solidaridad legal en materia laboral, dando estricta aplicación a los artículos 32 a 35 del Código Sustantivo del Trabajo. De lo contrario, se repite, la competencia natural radica en la justicia laboral por ser el medio judicial idóneo para exponer la pretensión de solidaridad patronal.

necesaria la determinación de responsabilidad solidaria en sede de tutela como mecanismo transitorio de protección al trabajador. En coherencia, los indicadores que a continuación se señalan, son decantados principalmente de fallos del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia en aplicación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo citado en precedencia, aunque son de importancia algunas precisiones que en su jurisprudencia ha realizado el Tribunal Constitucional.

3.5.1 Indicador del beneficiario del servicio

Si el ente económico ha podido desarrollar la actividad por sí mismo y haciendo uso de sus recursos pero la externaliza, que sea el beneficiario del servicio implica el desarrollo de actividades misionales permanentes.

Como bien lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, *“el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las/los trabajadoras”*¹¹⁵. De otro lado, también ha reiterado que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, *“empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales.”*¹¹⁶

115. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 15 de septiembre de 1993. Radicado 5.898. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Ver, asimismo, la sentencia del 2 de febrero de 1996, radicado 7942 del mismo magistrado.

116. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 1 de marzo del 2010. Radicado 35864. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sin salvamento de voto.

Asimismo, en la sentencia T-471 de 2008, la Corte Constitucional consideró que las labores de cargue y descargue de camiones en un terminal marítimo, no resultaban ajenas al objeto social de una Sociedad Portuaria y en ese sentido lo vinculó con las obligaciones labores y garantías constitucionales en materia de seguridad social, *“porque quien se beneficia de la labor asume el costo de la misma, en todos los casos, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el primer y principal responsable”*¹¹⁷, aunque se encontraran vinculados a una Cooperativa de Trabajo Asociado, en este fallo, dicha Corporación conminó asimismo a la sociedad portuaria a afiliar a estos trabajadores a la seguridad social. Es importante señalar que la Corte consideró asimismo el indicador funcional para analizar este caso, remitiéndose a la Ley 1ª de 1991 en la cual se establece la naturaleza y el objeto de las sociedades portuarias, esto es, *“[...] la inversión en construcción, mantenimiento y administración de puertos [así como] prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria”*¹¹⁸.

3.5.2 Indicador de preparación de maquinaria esencial

Si la actividad realizada consiste en la PREPARACIÓN o CONSTRUCCIÓN de maquinaria y equipos necesarios para realizar una función misional permanente, aunque sean excepcionales, o en realizar MANTENIMIENTO de los mismos, son estas labores misionales o permanentes y se entienden como parte del objeto de la entidad beneficiaria.

En este punto ha habido un giro favorable en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como pasa a reseñarse.

En sentencia del 10 de octubre de 1997, en un caso en el que la Corte Suprema analizó la existencia de solidaridad entre una empresa productora de aceite de palma y una sociedad limitada para la construcción de un tanque de almacenamiento

117. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-471 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

118. Ibidem.

de aceite de palma¹¹⁹, frente a un accidente laboral, determinó la Corporación que el *ad quem* se equivocó al haber declarado la existencia de solidaridad en el caso, ya que dentro del objeto social de la primera no se encuentra la construcción de su propia maquinaria o los elementos e implementos necesarios para el cumplimiento de su actividad, siendo ello extraño al cumplimiento de sus actividades normales a pesar del carácter esencial de estos tanques para el desarrollo de las mismas. Expresó la Corte que “[...] *si bien con la obra contratada [se] buscaba cubrir una necesidad propia, ello no implica una actividad permanente de aquel como para que deviniera en algo inherente a la empresa del beneficiario, pues tan solo se prolongaría hasta que se culminara la construcción del tanque metálico*”¹²⁰.

En sentencia del 15 de noviembre de 2001, esta Corporación¹²¹ había señalado en igual sentido, al pronunciarse respecto de la existencia de solidaridad entre una sociedad de televisión y la entidad contratada para la construcción de torres para la transmisión de señales de televisión, que si bien la construcción de las torres podía servir de apoyo al negocio de la sociedad de televisión, no constituía su esencia, porque era apenas un soporte no inherente a su cabal desarrollo. Es importante precisar que en este caso, la Corte se remitió únicamente a la comparación entre los objetos sociales desarrollados por una y otra. Expresó la Corporación:

No desconoce la Corte que entre la construcción de las torres adelantada por la demandada METALEC y la emisión de señales de televisión, la prestación de servicios de transmisión de señales de televisión, la utilización de redes y servicio de satélite, para la emisión, transmisión o recepción de esas señales-- que son actividades que según el certificado de la Cámara de Comercio

119. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 10 de octubre de 1997. Radicado 9881. M.P. Francisco Escobar Hernández.

120. *Ibídem*

121. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 15 de noviembre de 2001. Radicado 16514. M.P. Isaura Vargas Díaz. Sin salvamento de voto.

atrás aludido TELEANTIOQUIA puede adelantar en desarrollo de su objeto social -- puede existir alguna relación indirecta, pero ellas no constituyen su objeto social principal, como quiera que se trata de situaciones excepcionales que no aparecen en los documentos que según la impugnante fueron erróneamente apreciados dentro de las que corrientemente debe ejercer para cumplir su designio empresarial.

Más tarde, en sentencia de 22 de septiembre de 2004, aparece claramente el giro jurisprudencial anunciado precedentemente. La Corte Suprema de Justicia¹²² precisó la existencia de solidaridad en caso similar, esta vez entre una compañía de exploración petrolera y una contratista cuyas actividades consistieron en suministrar una grúa telescópica para perforar y hallar hidrocarburos o gas -la cual era conducida por quien demandó por concepto de las acreencias laborales que le fueron liquidadas de manera incompleta- y en el acondicionamiento de un pozo.

Señaló la Corte lo siguiente respecto del fallo del *ad quem* que consideró que las labores de acondicionamiento del pozo para proceder a la perforación y extracción de petróleo son misionales o permanentes:

es razonable inferir que esos trabajos de acondicionamiento, esto es, de preparación o disposición, que realizaba la grúa tenían una relación directa con la perforación del pozo, en la medida en que podían entenderse como un soporte necesario para que esa tarea de perforación se pudiera llevar a cabo, y por tal razón, no le resultaban ajenos o extraños pues eran previos a tal perforación; y de ese modo, resultaba dable considerarlos inherentes a la señalada actividad de perforación, de suerte que no es desacertado tomarlos como pertenecientes a una de las principales actividades económicas de la mencionada empresa¹²³. (Subrayas fuera del texto original)

Siguiendo con esta línea, la Corte Suprema analizó en otro de sus pronunciamientos si las actividades ejecutadas por los

122. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 22 de septiembre de 2004. Radicado 23063. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sin salvamento de voto.

123. Ibidem.

demandantes en la construcción de una banda transportadora de propiedad de una cementera beneficiaria de la misma, estructuraban la solidaridad. El *ad quem* había señalado que dicha banda tiene relación directa con el funcionamiento de la planta, tratándose por tanto de una obra conexas o inherente al giro ordinario de las actividades desarrolladas por la beneficiaria, en razón a que el servicio se prestaba en sus instalaciones, “beneficiándose con la misma, toda vez que dicha banda tiene relación directa con el funcionamiento de la empresa”¹²⁴.

Esta Corporación expresó lo siguiente:

Y no se equivoca el Ad quem en dilucidar la existencia del giro ordinario de negocios como presupuesto de la solidaridad del beneficiario de la obra con el contratista independiente, dándole primacía a la realidad de la actividad de los negocios sobre las formalidades comerciales, de manera que se pueda predicar que cuando el empleador realiza por sí o por terceras personas, obras nuevas o de mantenimiento, que van a ser parte de la cadena productiva, instrumento para la manipulación de las materias que se transforman o de los productos acabados, está justamente desempeñándose en el giro propio de sus negocios.¹²⁵ (Subrayas fuera del texto original).

En la misma línea, en sentencia del 1 de marzo de 2010, la Corte Suprema de Justicia¹²⁶ confirmó el pronunciamiento del *ad quem* en el sentido de que el mantenimiento y reparación de daños de redes eléctricas pertenece a las actividades normales o corrientes de una empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, la cual era para el caso la entidad beneficiaria, y en ese sentido le endilgó responsabilidad solidaria.

En sentencia del 30 de agosto de 2005¹²⁷, la Corte Suprema

124. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 10 de marzo de 2009. Radicado 27623. M.P. Eduardo López Villegas. Sin salvamento de voto.

125. *Ibidem*

126. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 1 de marzo del 2010. Radicado 35864. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sin salvamento de voto.

127. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de agosto 30 de 2005. Radicado No. 25505. M.P. Eduardo López Villegas

sostuvo que las actividades de mantenimiento general de la planta de una empresa o de la maquinaria o elementos propios de su

y Luis Javier Osorio López.

Salvamento parcial y aclaración de voto por parte del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, el cual manifestó lo siguiente: “Es mi opinión que en este específico asunto esa necesaria correspondencia entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario de su trabajo no logró demostrarse, por cuanto que, si bien el mantenimiento eléctrico de la maquinaria y equipos de propiedad de SIMESA puede servir de apoyo a su negocio, no constituye su esencia, porque es apenas un soporte, que aunque importante, no es necesariamente inherente al cabal desarrollo de su principal objeto social, pues es claro que el mantenimiento de los equipos y de la maquinaria es una necesidad que tiene toda empresa, esto es, una actividad que por hacer parte de la vida empresarial puede ser usual, como muchas otras, pero no por ello íntimamente vinculada con el desarrollo de su principal actividad económica en los términos exigidos por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo”.

Salvamento de voto por parte del magistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez, quien expresó su disidencia en los siguientes términos: “estructura un trascendental error el estimar, que la labor de mantenimiento eléctrico de su maquinaria haga parte de las actividades normales o propias en la empresa industrial convocada a juicio. Una cosa es que la labor de mantenimiento de máquinas sea necesaria o ineludible en el campo industrial, y en otros campos de la vida económica, y otra muy diferente que se le ubique, de un plumazo, como parte del objeto de la empresa, cuando, en realidad, no tiene que ver con el mismo, pues, entre la producción de acero a través de un procedimiento especial sobre el hierro y el carbón, y el realizar labores para evitar que determinadas máquinas se deterioren y puedan seguir cumpliendo el trabajo para el cual se las utiliza, no hay en verdad equiparación. Es claro que, cuando el artículo 34 del CST se refiere a las ‘actividades normales’ de la empresa o negocio del beneficiario, alude es al objeto sustancial de aquella o de éste y no a lo accidental o complementario”.

El magistrado Carlos Isaac Nader realizó salvamento de voto con los siguientes argumentos: “la labor de mantenimiento de la maquinaria de la compañía siderúrgica accionada es extraña al objeto social de ésta, pues no admite discusión que la actividad de la demandada se circunscribe a transformar el hierro y el carbón en acero, de donde se desprende que las tareas de mantenimiento de maquinaria no corresponden a las labores propias del giro de sus negocios. Máxime en este caso donde se está frente a una sub. especialidad dentro del campo del mantenimiento de una maquinaria determinada, de modo que la tesis mayoritaria da lugar a que una compañía como la convocada al proceso esté ligada por un sin número de obligaciones solidarias, e incluso a cadenas interminables de subcontratistas, pues sin mayor esfuerzo se entiende que las actividades de mantenimiento de una siderúrgica exigen labores de mantenimiento de un variado tipo de maquinarias y en campos bien disímiles”.

actividad de producción cuando tengan vocación de permanencia no son extrañas al giro ordinario de sus negocios. En este caso, dicha Corporación estudió la existencia de solidaridad entre una empresa con el objeto social de *desarrollo de la industria siderúrgica y minera* y una sociedad limitada a la cual se encontraba vinculado el demandante por contrato de prestación de servicios. El demandante fue enviado a realizar a la siderúrgica, mantenimiento como técnico electricista a un puente de grúa.

Ambas entidades fueron halladas solidariamente responsables con fundamento en la vocación de continuidad de las labores de mantenimiento de la maquinaria y en razón al carácter especializado del mismo. Expresó la Corte Suprema en este caso y en relación a la discusión de si la actividad desarrollada en virtud del vínculo contractual estaba o no deslindada del objeto social de la beneficiaria del servicio:

“La actividad propia de una empresa del sector productivo, en [este] caso dedicada a transformar el hierro y el carbón en acero, comprende toda aquella que sea indispensable para obtener un producto final, en especial la adquisición y manejo de insumos, que de manera simplificada son la materia prima y los equipos que la han de transformar; de esta manera, las operaciones tendientes a asegurar el funcionamiento de la maquinaria indispensable para la producción siderúrgica no pueden ser reputadas como extrañas; se trata del mantenimiento de elementos necesarios y distintivo de este tipo de industria, y como tal, un servicio con vocación a ser requerido continuadamente.”¹²⁸ (Énfasis fuera del texto original)

Puntualizó la Corte que en este caso se trata de un “mantenimiento eléctrico específico y especializado para la maquinaria y equipos de una empresa siderúrgica, y para ser prestados de manera permanente”¹²⁹.

En este mismo pronunciamiento y en lo referente a labores que sí son extrañas al giro ordinario de los negocios, precisó la Corte que

128. Ibidem.

129. Ibidem.

“[...] son extrañas al giro ordinario de los negocios, las actividades de mantenimiento de la infraestructura física del establecimiento productivo, - de ella hace la requerida para servicios públicos-, o a empresas del sector servicios en las que su equipamiento son de apoyo a la labor, y no como aquí, maquinarias imprescindibles y específicas para la obtención del producto industrial.”¹³⁰ (Énfasis fuera del texto original)

3.5.3 Indicador de etapa de proceso industrial

Si la actividad desarrollada se comprende dentro del proceso industrial, es misional permanente, entre ellas, las funciones de distribución y mercadeo.

En sentencia del 30 de agosto de 2005¹³¹, la Corte Suprema de Justicia en análisis de existencia de solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista, citó un pronunciamiento anterior en el que esta Corporación analizó en un caso si el acarreo de cemento de la factoría al embarcadero fluvial constituía actividad propia del giro ordinario de las actividades desarrolladas por una cementera. Consideró esta Corporación que actividades como distribución y mercadeo son inherentes, cuando no inseparables, y en últimas siempre conexas o relacionadas con la producción misma, por ser todas etapas graduales de un solo proceso industrial. Expresó que “[...]no puede considerarse jamás como actividad desvertebrada o remota de cualquiera empresa o negocio la de acercar el producto elaborado a la clientela que lo demanda, con el propósito de que el consumidor lo adquiera fácilmente, actividad que no interesa únicamente a los terceros, puesto que de ella se obtienen generalmente mayores beneficios para el productor”¹³².

Por otro lado, y más allá de que la actividad se corresponda

130. Ibídem.

131. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de agosto 30 de 2005. Radicado No. 25505. M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López. Salvamento de voto de los magistrados Francisco Javier Ricaurte Gómez y Carlos Isaac Nader. Salvamento parcial y aclaración de voto por parte del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza.

132. Ibídem.

con la distribución y mercadeo, lo que es fundamental en este punto es analizar cómo se configura el proceso industrial del ente económico para determinar si la actividad desarrollada se comprende dentro del mismo.

3.5.3 Indicador de similitud de objetos

Si los objetos sociales del ente beneficiario del servicio y de aquel a través del cual se externalizó la función presentan una igualdad total o parcial formal, las realizadas por el segundo se corresponden con actividades misionales o permanentes.

En la sentencia citada en precedencia sobre la construcción de un tanque de almacenamiento de aceite de palma¹³³, el grado de igualdad o similitud en el objeto social desarrollado por el ente beneficiario del servicio y la entidad contratista se utilizó para analizar la existencia o no de solidaridad entre las mismas. Este indicador también se ha utilizado para determinar la similitud, conexidad o complementariedad entre las actividades desarrolladas por distintas entidades a la hora de determinar si se cumplen los presupuestos para declarar la unidad de empresa, lo cual se abordará más adelante.

Es importante precisar en este punto que remitirse a la mera comparación de los objetos que constan en los certificados de existencia y representación lleva a ignorar muchas otras situaciones que darían cuenta en la realidad de que se ha externalizado ilegalmente una actividad misional permanente o se ha fraccionado el capital para defraudar a las/los trabajadores en el caso de la existencia de unidad de empresa.

3.5.5 Indicador de la realidad en el objeto

Las actividades pueden ser misionales o permanentes por identidad de objetos sociales vistos estos en la realidad.

La Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado que a más de utilizar exclusivamente lo contenido en el objeto social de las compañías entre las cuales se analiza la existencia

133. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 10 de octubre de 1997. Radicado 9881. M.P. Francisco Escobar Hernández.

de solidaridad, importa las características de la actividad en sí misma, de modo que a partir de considerar las funciones desarrolladas por la contratista, logre establecerse si hacen parte del giro ordinario de las actividades de la beneficiaria del servicio. La Corte examinó las que en realidad esa contratista independiente cumplió en el desarrollo del contrato celebrado entre la entidad contratista y beneficiaria y no las que surgían de sus objetos sociales, *“pues en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo lo que debe observarse para efectos de establecer la solidaridad que allí se consagra no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste”*¹³⁴.

Así, en fallo citado en precedencia señaló lo siguiente:

Y si bien, como lo sostiene la recurrente, no tuvo en cuenta que dentro de ese objeto social no está el arriendo de grúas, ello no configura un desacierto de hecho ostensible porque, como ha quedado visto, para determinar que el actor trabajó en actividades propias de esa demandada, analizó el fallador la tarea específica cumplida por la grúa cuya actividad aquel supervisaba, frente a lo cual resulta indiferente que el arriendo de grúas no sea parte del diseño empresarial de BP EXPLORATION COMPANY¹³⁵.

Asimismo, La Corte Suprema de Justicia¹³⁶ en sentencia del 10 de marzo de 2009 señaló respecto de determinar una actividad como ligada a su objeto más allá de lo que consta expresamente como parte del mismo, lo siguiente:

134. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 22 de septiembre de 2004. Radicado 23063. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sin salvamento de voto.

135. Ibídem

136. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 10 de marzo de 2009. Radicado 27623. M.P. Eduardo López Villegas. Sin salvamento de voto.

[S]ería un contrasentido calificar esa actividad como extraña a las actividades normales de la empresa, simplemente, porque se omitió incluirla en la relación descriptiva del objeto social; o porque no se le da aplicación a la cláusula de reserva que suele aparecer en los estatutos sociales, aquella del tenor que aparece en el Certificado de la Cámara de Comercio de la entidad recurrente en casación: “En general celebrar y ejecutar todo acto o contrato que se relacione con o complementa el objeto social principal”; o porque el empleador violó los límites de su objeto social, y se adentró en actividades ajenas a las formalmente declaradas en la Cámara de Comercio [...] ¹³⁷.

En un caso en el que la Corte Suprema de Justicia se pronunció respecto de si para establecer la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se deben comparar exclusivamente los objetos sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño de la obra o si es viable analizar también la actividad específica adelantada por la/el trabajador, señaló lo siguiente:

Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por la/el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado ¹³⁸.

La Corte Constitucional mencionó ha dicho al respecto que la aplicación de la excepción que versa en la norma en mención

137. *Ibidem*.

138. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 2 de junio de 2009. Radicado 33082. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

“no debe entenderse en términos estrictos, pues no se exige exactitud o integralidad de los objetos sociales entre las mismas pues dicha exigencia desdibujaría la figura de la solidaridad ya que en la práctica encontrar tal precisión e igualdad sería complejo”¹³⁹. Señaló asimismo que es necesario tener en cuenta que en la actualidad la legislación comercial autoriza la constitución de sociedades mercantiles sin objeto social específico como las conocidas Sociedades Anónimas Simplificadas que nacieron a partir de la ley 1258 de 2008, por lo que la exigencia del referenciado artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo de no realizar “labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio” no debe interpretarse en sentido estricto, pues “De lo contrario, se dificultaría en la práctica la aplicación de dicha solidaridad; debe hablarse más bien, de una afinidad entre los objetos sociales y sobre todo de la posibilidad de que la/el trabajador puede desempeñar su labor profesional o expertis técnico en la empresa condenada a ser solidaria”¹⁴⁰.

3.6 Uso ilegal de empresas de servicios temporales

La Ley 50 de 1990 ha definido a las empresas de servicios temporales como personas jurídicas “que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.” Cabe pues hacer referencia al concepto definido por la legislación laboral en atención a la noción de Usuarios al precisarlos como “toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.” De esta manera, las empresas de servicios temporales, a través de un contrato comercial suscrito con los Usuarios, se comprometen a remitir el personal requerido por éste mediante la modalidad contractual laboral que se acomode a la necesidad del

139. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

140. Ibidem.

servicio y duración de la misión. Es importante señalar que son las empresas de servicios temporales quienes detentan el carácter de empleadores de las/los trabajadores en misión¹⁴¹.

La relación laboral entre la/el trabajador y la empresa de servicios temporales, de acuerdo con las disposiciones legales descritas en este punto, subsisten mientras el Usuario necesite de los servicios del/la trabajador o mientras finaliza la obra para la cual fue contratado. No obstante, la ley determinó que ese tipo de relación laboral no puede exceder un año, en razón a evitar que los contratos con las empresas de servicios temporales se conviertan en la práctica en contratos permanentes que lleven consigo el desconocimiento de derechos prestacionales de las/los trabajadores. La jurisprudencia ha remarcado que *si la necesidad del usuario amerita la contratación permanente del servicio de las/los trabajadores en misión, debe acudir a otra forma de contratación distinta a la que se cumple a través de las empresas de servicios temporales*.¹⁴²

En los casos en los cuales el usuario incurre en violación de derechos fundamentales a una persona natural que se desempeña como “trabajador en misión”, verbigracia, cuando incurra en conductas atentatorias de la dignidad humana o de otros derechos del/la trabajador, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en establecer que *“en tales eventos sería clara la ajenidad de la empresa de servicios temporales al hecho constitutivo de la violación”*¹⁴³, esto para hacer notar que la prescindencia el usuario de las/los trabajadores en misión debe corresponderse con indicadores objetivos y no constituirse en acciones discriminatorias o generadoras de situaciones de indefensión para los mismos; en caso contrario, su responsabilidad será directa.

En el caso de las Empresas de Servicios Temporales, la intermediación ilegal se deriva de la contratación para casos distintos para los que se permite la vinculación de trabajadores en misión

141. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1279 del 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

142. Ibídem.

143. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1280 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

establecidos por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990¹⁴⁴ y 13 del Decreto 24 de 1998¹⁴⁵, o cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estas disposiciones, esto es, seis meses prorrogables hasta por seis meses más.

Será en estos casos en los cuales la Empresa de Servicios Temporales se considerará un empleador aparente y un verdadero intermediario, a tenor del artículo 35 del Código Sustantivo de Trabajo, lo que deriva en que el usuario del servicio o beneficiario del mismo sea, asimismo, ficticio y deba tenerse como verdadero empleador¹⁴⁶. Algunos indicadores pueden ser decantados vía jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para descubrir relaciones laborales directas que han sido encubiertas a partir de la utilización fraudulenta de la figura de las empresas de servicios temporales.

Es importante señalar que los indicadores que permiten dar cuenta de la existencia de subordinación entre el usuario y la/

144. El tenor literal de este artículo es el siguiente: “Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: (1). Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo. (2). Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. (3). Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más”

145. En adición a lo que establece el artículo 77 de la ley 50 de 1990, esta norma consagra la siguiente prohibición: “[] Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses, más la prórroga a que se refiere el presente artículo la necesidad del servicio en la empresa usuaria subsiste, para atender a esta necesidad la empresa no podrá contratar con empresas de servicios temporales. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social inspeccionará y sancionará el incumplimiento de esta disposición en los términos señalados en el presente decreto”.

146. La Ley 50 de 1990 que regula las empresas de servicios temporales, en su artículo 73 señala que se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales y, en el artículo 74 indica que las/los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos categorías: trabajadores de planta y trabajadores en misión, y que éstos, son los que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

el trabajador vinculado a la empresa de servicios temporales no tiene relevancia en este caso, pues como se ha reconocido por las altas cortes, dado que este tipo de trabajadores realiza labores en las empresas beneficiarias y actúa bajo su dirección y control, la jurisprudencia laboral ha reconocido que el usuario del servicio tiene claramente *“una potestad de subordinación frente a las/los trabajadores en misión, de manera que, está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero ésta facultad la ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la EST, pues el personal enviado, depende exclusivamente de ella”*¹⁴⁷.

Respecto de las particularidades de la existencia o no de subordinación en el caso de las Cooperativas de Trabajo Asociado y la Empresas de Servicios Temporales, expresó la Corte Suprema de Justicia:

Y no podrá considerarse legalmente en tales eventos que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre la/el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión¹⁴⁸.

147. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de abril de 1997, Radicación 9435. M.P. Francisco Escobar Henríquez. Ver, asimismo, las sentencias la Corte Constitucional: T-238 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo; T-1279 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1280 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

148. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 6 de diciembre de 2006. Radicado 25713. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

3.6.1 Indicador de continuidad

Si una función se desarrolló por una EST superando el límite del tiempo por el cual el usuario puede hacer uso de esta figura legal en los casos expresamente señalados por la ley, se tratará de actividades misionales permanentes en tanto el ente económico tiene una necesidad constante de tales servicios.

Este indicador, emergente de sentencias en las cuales se ha declarado la existencia de una relación de trabajo directa aunque formalmente se haya utilizado la figura legal del contrato de prestación de servicios, ha sido también empleado en pronunciamientos en los cuales se declara solidaridad entre el ente beneficiario del servicio y la empresa de servicios temporales que realiza intermediación ilegal. En el caso de las empresas de servicios temporales, este indicador para determinar la solidaridad se deriva del límite del tiempo por el cual el usuario puede hacer uso de esta figura legal en los casos expresamente señalados por la ley, como se citó en precedencia.

La Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en sostener que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión (seis meses prorrogables hasta por seis meses más), genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales¹⁴⁹.

En sentencia del 15 de agosto de 2006¹⁵⁰, en la cual la Corte Suprema de Justicia se pronunció a cerca de la existencia de solidaridad por parte de una sociedad de economía mixta del orden nacional y una empresa de servicios temporales en tanto se excedió el término del demandante como trabajador en misión en tanto fue contratado por el término de 46 meses a partir de

149. Ver, por ejemplo, las sentencias del 24 de abril de 1997, radicado 9435, M.P. Francisco Escobar Henríquez; del 21 de febrero de 2006, radicado 25717, M.P. Carlos Isaac Nader; del 15 de agosto de 2006, radicado 26605, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

150. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 15 de agosto de 2006. Radicado 26605. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

varios contratos de trabajo suscritos ininterrumpidamente con la segunda, para que se desempeñase como jefe de almacén, lo cual dio lugar a que no fuera una contratación temporal para devenir en una con vocación de permanencia; en ese sentido asintió la Sala frente a lo dispuesto el *Ad quem* cuando afirmó que “*esa entidad oficial [debería] soportar la carga no solo de las sanciones administrativas, sino las consecuencias de la contratación ilegal o simulada, de allí que al exceder los límites establecidos en la citada norma, se colige que la/el trabajador tuvo al IFI como a su verdadero empleador, el que deberá cancelarle las prestaciones sociales legales, que son las propias de las/los trabajadores oficiales por la naturaleza jurídica de esta entidad*”¹⁵¹.

En sentencia del 26 de octubre de 1994, la Corte suprema de Justicia hizo algunas precisiones respecto de la continuidad de contratos con las empresas de servicios temporales cuando analizó la legalidad del artículo 2 del Decreto 1707¹⁵² de 1991. La Corte expresa que el límite temporal debe entenderse como circunscrito a una necesidad específica:

“A juicio de la Sala esta disposición se limita a preservar el espíritu de la ley, es decir, a evitar que los contratos con las empresas de servicios temporales se tornen en permanentes, desconociendo los derechos prestacionales de las/los trabajadores.

Naturalmente esta norma se refiere a las circunstancias especiales que dieron origen a la contratación. Si posteriormente en otro tiempo vuelve a presentarse un incremento en la producción o en las ventas o viene otra cosecha, se podrán celebrar otros contratos con empresas de servicios temporales, que no sobrepasen el límite establecido en la Ley. No se trata entonces de que solamente se pueda celebrar un único contrato de seis meses prorrogables por otros seis.

151. Ibídem.

152. Este artículo establece lo siguiente: “Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el ordinal 3o del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la necesidad del servicio en la empresa usuaria subsiste, no se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación del servicio respectivo []”. Aunque este artículo fue derogado por el Decreto 24 de 1998, en este último subsiste esta prohibición, así como en la Ley 50 de 1990 a la que ya se hizo referencia.

sino que para una misma necesidad ese es el máximo permitido por las normas. Es claro que si las necesidades de servicio son permanentes, deberán vincularse trabajadores bajo esta modalidad.¹⁵³ (Énfasis fuera del texto original)

Se colige pues, que si para una sola necesidad se contrata de manera sucesiva por más del tiempo permitido por la ley, se estaría externalizando ilegalmente una actividad y procedería la declaratoria de responsabilidad para el usuario.

3.6.2 Indicador de actividades paralelas

Que el empleado en misión desarrolle por orden del ente beneficiario del servicio labores no incluidas en el contrato, es un indicio de que puede estar haciendo uso de esta figura para realizar intermediación ilegal y externalizar funciones misionales permanentes.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado la responsabilidad exclusiva del usuario frente al trabajador en misión, si acuerda con éste actividades paralelas ajenas totalmente a las propias del encargo a que se comprometió la empresa de servicios temporales. Así, en sentencia de marzo 12 de 1997 expresó esta Corporación que si bien en principio las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos y responsables frente al trabajador en misión de la salud ocupacional,

no es lícito ni legítimo que un usuario aproveche los servicios de esta clase de trabajadores para atribuirles funciones que escapan totalmente de los deberes propios del contrato de trabajo celebrado por el empleado con la empresa de servicios temporales y luego pretenda desconocer las naturales consecuencias del marco obligatorio que surge del contrato de prestación de servicios celebrado con ésta, para así evadirse de la ineludible responsabilidad laboral que surge de su proceder culposos que origina accidentes de trabajo, los cuales deben ser reparados en la forma prescrita por el artículo 216 del Código del Trabajo.

153. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de octubre de 1998. Radicado 6038. Citada en la sentencia del 24 de abril de 1997, radicado 9435, M.P. Francisco Escobar Henríquez.

Y si aparece diáfano [...] que la empresa de servicios temporales fue totalmente ajena a esa actuación apartada del objeto del contrato en misión, ella no se puede reputar subordinante en estos eventos, y por tanto no será ésta quien deba satisfacer las indemnizaciones pertinentes sino el empresario usuario culpable de la acción o la omisión generadora del infortunio laboral.¹⁵⁴

3.7 Violación del derecho a la igualdad en unidad de empresa y grupo empresarial no declarados

Demostrar la existencia de la figura legal de grupo empresarial en un caso concreto puede ser una alternativa que permitiría llevar más allá la prohibición de la externalización de actividades misionales permanentes y descubrir la existencia real de una relación laboral por parte de las/los trabajadores y la que en realidad sería la matriz. En ese sentido, con la conjugación de ciertos indicadores en el análisis de un caso concreto entre aquellos que han sido sugeridos arriba, puede darse lugar a responsabilidad por parte de la matriz.

La ley 222 de 1995 estableció la existencia de grupo empresarial “cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección”¹⁵⁵, características que se configuran “cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas”¹⁵⁶.

De otro lado, la unidad de empresa es una figura jurídica que permite proteger los derechos de las/los trabajadores ante la

154. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 12 de marzo de 1997. Radicado 8978. M.P. José Roberto Herrera Vergara. Sin salvamento de voto.

155. Ley 222 de 1995. Artículo 28. Según lo establece la norma reseñada, ante discrepancia sobre los supuestos que originan el grupo empresarial, corresponde a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del mismo.

156. Ibidem

estrategia del fraccionamiento del capital. Se halla consagrada en el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 que subrogó el artículo 194 del Código Sustantivo del trabajo, el cual establece que para que exista unidad de empresa en las personas jurídicas, se requiere la existencia de una sociedad principal y filiales o subsidiarias suyas, un predominio económico de la principal sobre las otras, y que sus actividades sean similares, conexas o complementarias. En el presente acápite se hará pues referencia a algunos elementos de los que se ha servido la Corte Suprema para establecer que las actividades desarrolladas por las que en la realidad vendrían a ser matriz y subsidiaria, son similares, conexas o complementarias.

En el caso de estas dos figuras jurídicas anotadas, la “unidad de propósito y dirección” y el carácter “similar, conexo o complementario” de las actividades que desarrollan determinado grupo de entidades es de gran utilidad para aportar al concepto de lo “misional permanente” cuyo contexto es la externalización laboral ilegal.

Es importante traer a colación la prohibición respecto de los las empresas de servicios temporales sobre *prestar sus servicios a usuarias con las que tengan vinculación económica o predominio económico*¹⁵⁷. Esto ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, la cual en fallo del 24 de abril de 1997, expresó que “*se denominan usuarios las personas naturales o jurídicas que contraten con las empresas de servicios temporales, y no podrán*

157. El artículo 80 de la ley 50 de 1990 establece dicha prohibición en los siguientes términos: “Las empresas de servicios temporales no podrán prestar sus servicios a usuarias con las que tengan vinculación económica en los términos de que trata el Capítulo XI del Libro Segundo del Código de Comercio”. Las disposiciones contenidas en el capítulo del Código de Comercio que allí se referencia, definen la subordinación. Específicamente respecto de la subordinación de la siguiente manera: “será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria” (Ley 222 de 1995. Art. 26 modificadorio del art. 260 del Código de Comercio).

serlo quienes tengan con estas nexos económicos que impliquen subordinación o control.”¹⁵⁸

Como señaló la Corte Suprema en sentencia del 16 de diciembre de 2009 a propósito de la exigencia del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 32 de la Ley 50 de 1990, de que las empresas objeto de declaratoria de unidad de empresa deban realizar actividades “similares, conexas o complementarias”, *“estos adjetivos están separados por una ‘o’, claramente disyuntiva, lo que significa que no es menester que las sociedades tengan una actividad económica similar, conexas y complementaria, sino que es suficiente que se presente cualquiera de esas condiciones*”¹⁵⁹.

Para determinar si para el caso que en el pronunciamiento citado analizó existía similitud en las actividades económicas desarrolladas por ambas compañías, entendida esta como “ semejanza o parecido”, comparó sus objetos sociales y halló que entre los mismos no había similitud, *“muy a pesar, eso sí, de que ambas estén constituidas como instituciones financieras y, asimismo, pertenezcan al sistema financiero*”¹⁶⁰. En relación con las otras dos características, la conexidad y la complementariedad, señaló esta Corporación que *“de cara a determinar si las actividades de las demandadas son conexas o complementarias deben estar ellas enlazadas o relacionadas entre sí o las de la una deben completar o perfeccionar las de la otra”*.

En la mayoría de las sentencias revisadas, no se centra el análisis de la Corte Suprema en establecer su para el caso efectivamente procede la declaratoria de unidad de empresa, sino que la discusión se da alrededor de los efectos en materia de solidaridad para el pago de las prestaciones de las/los trabajadores o para el que el tiempo trabajado para las dos entidades cuya unidad de empresa se alega se considere servido a una sola y se compute en su integridad para liquidar la indemnizaciones a las/los trabaja-

158. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 24 de abril de 1997. Radicado 9435. M.P. Francisco Escobar Henríquez.

159. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 16 de diciembre de 2009. Radicado 32212. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

160. Ibidem.

dores. Si bien se considera que serían de mayor utilidad en este punto las resoluciones del Ministerio del Trabajo que declaren unidad de empresa o de la Superintendencia de Sociedades, de Valores o Bancaria que declaren la existencia de grupo empresarial, se encuentran algunos indicadores en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que es factible aplicar a la hora de determinar si la actividad desarrollada por los entes económicos, a más de los demás requisitos exigidos por cada figura específica, son similares, conexos o complementarios.

3.7.1 Indicador de similitud de objetos

Si los objetos sociales del ente que ejerce control y de aquel subordinado presentan una igualdad total o parcial formal, las actividades desarrolladas son “similares”.

Para determinar si las actividades realizadas por las entidades respecto de las cuales se busca la declaratoria de unidad de empresa son similares, los tribunales y la Corte Suprema de Justicia realizan, con frecuencia y en primer término, una comparación de los objetos sociales¹⁶¹.

Sin embargo, la comparación de los objetos sociales se hace insuficiente para determinar la existencia de unidad de empresa desde los tres indicadores de similitud, conexidad o complementariedad y puede incurrirse en un yerro valorativo al considerarlos sinónimos. La Corte Suprema expresó respecto del análisis que el *ad quem* realizó de ese modo, que “*se limitó a reseñar el objeto social de las demandadas pero no reparó en los contratos que ellas celebraron ni en la estrecha vinculación de sus respectivas actividades económicas que surgió a partir de la celebración de esos contratos, todo lo cual demuestra un yerro valorativo cuando concluyó que los requisitos de la conexidad o de la complementariedad en las actividades, que exige el artículo 194*

161. Ver, por ejemplo, las sentencias del 16 de diciembre de 2009, radicado 32212, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; del 30 de octubre de 2012, radicado 36216, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas; del 24 de enero del 2002, radicado 16415, M.P. Isaura Vargas Díaz; del 23 de septiembre de 2004, radicado 21552, M.P. Luis Javier Osorio López; del 6 de febrero de 2013, radicado 40498, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, entre otras.

del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, para la unidad de empresa, no estaba satisfecho”¹⁶².

3.7.2 Indicador del uso de recursos

Si una de las entidades hace uso de recursos, talento humano, redes y sistemas de información de la otra entidad, las actividades por estas desarrolladas son de carácter “conexo” y “complementario”.

En un caso en el que la Corte Suprema de Justicia analizó la existencia de las condiciones para dar lugar a la declaratoria de unidad de empresa entre un banco y una fiduciaria, encontró que la segunda utilizó la red bancaria del banco para el recaudo y captación de los dineros que luego eran invertidos por aquella. En este caso, el uso de la red bancaria autorizaba a la Fiduciaria para utilizar, entre otras cosas, las oficinas, empleados y sistemas de información del banco, *“con el objeto de realizar, por conducto de dicha red, las operaciones propias del negocio fiduciario, afines con el recaudo, recepción, pago, transferencias, y entrega de dinero, documentos, informes, extractos, boletines, certificados, reportes y, en general, toda aquella información relacionada directamente con los negocios cuya promoción y gestión se realizara bajo la modalidad de uso de red”*¹⁶³.

Así, esta Corporación determinó que el uso de la red bancaria del banco por parte de la fiduciaria como se vio, comportaba unas necesarias conexidad y complementariedad de las actividades de una y otra entidad, pues la actividad estrictamente bancaria que adelantaba el banco resultaba estrechamente vinculada con la propia de la fiduciaria y servía de eficaz complemento de las actividades comerciales de ésta. Para la Corte, el hecho de que el banco recaudara recursos que después administraba la fiduciaria, así esta lo hiciera de manera independiente, *“esas dos funciones tenían cercana vinculación y resultaban ser comple-*

162. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 16 de diciembre de 2009. Radicado 32212. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

163. Ibidem.

*mentarias, pues sin el recaudo de los recursos, desde luego, no podía darse su administración; es decir, el recaudo de los dineros se veía complementado con su administración”*¹⁶⁴. Llegó a la misma conclusión respecto de la utilización de la red bancaria del banco por parte de la compañía fiduciaria; expresó que

[...] en la medida en que todos los servicios que ofrecía esa red, que involucraba oficinas, empleados y sistemas de información, (servicios que no eran prestados por la fiduciaria), servían para que esta entidad adelantara el cumplimiento de su actividad económica principal, esto es, le servían de soporte para cumplir sus funciones, lo que, sin duda, indica que eran actividades no sólo conexas con su actividad económica principal, cuanto que complementarias.¹⁶⁵

3.7.3 Indicador de la condición en el objeto

Si el carácter de conexas o complementarias de las actividades desarrolladas por las entidades materialmente subordinadas es un requisito estipulado por la compañía matriz para constituir o participar económicamente en las primeras, entonces realizan actividades conexas o complementarias.

En un caso en el que el *ad quem* analizó si se operaba la unidad de empresa entre una compañía de televisión otra creada por la primera para desarrollar las actividades de mercadeo, consideró el objeto social de una y otra sociedad y concluyó que sus actividades son complementarias en razón a lo siguiente:

[...] dentro de su objeto social [el de CARACOL TELEVISIÓN S.A.] se destaca la de ‘Constituir o participar en la constitución de empresas, sociedades y asociaciones, que tengan objeto social análogo al suyo o complementarios del mismo y particular como socio o accionista en empresas, sociedades o asociaciones ya constituidas cuyo objeto tengan el anotado registro’, toda vez que al ser CARACOL TELEVISIÓN S.A socia y en la proporción mayoritaria anotada de COMTEVÉ MERCADEO Y SERVICIOS LTDA, es porque ésta sociedad cumple con el requisito antes se-

164. *Ibidem*.

165. *Ibidem*.

ñalado en su objeto social, es decir desarrollar labores análogas o complementarias.¹⁶⁶

Si bien no se trata de *ratio decidendi* vinculante para los operadores de justicia, este análisis que realiza el Tribunal es útil para buscar la declaratoria de unidad de empresa entre dos entidades cuyas actividades se encuentren como similares, conexas o complementarias.

3.7.4 Indicador de exclusión de la prohibición

Así la ley prohíba la realización de ciertas funciones y se cree o contrate con otra empresa para desarrollarlas, no se excluye por esta prohibición el carácter de similares, complementarias o conexas que puedan tener sus actividades.

En el caso visto en precedencia en cual que se analizaba la existencia de unidad de empresa entre un banco y una compañía fiduciaria, para negar la existencia de tal figura legal las entidades demandadas argumentaron que *“las instituciones de crédito como el banco tienen prohibición legal de prestar servicios fiduciarios, de suerte que no puede afirmarse que sus actividades sean conexas, similares o complementarias”*¹⁶⁷. Al Respecto, señaló la Corte Suprema que *“la circunstancia de que el banco legalmente no pudiera desarrollar actividades fiduciarias no significa en modo alguno que las adelantadas a través de su red de servicios no resultaran conexas y complementarias con las que ejecutaba la fiduciaria, como se concluyó en sede de casación”*¹⁶⁸.

De lo anterior se sigue que no obsta para que las actividades que desarrollan distintos entes económicos se determinen como similares, conexas o complementarias, el hecho de que su realización se encuentre prohibida y explique de algún modo el fraccionamiento del capital.

166. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 31 de agosto del 2010. Radicado 32060. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

167. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 16 de diciembre de 2009. Radicado 32212. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

168. Ibidem.

4. ALGUNOS INDICADORES SEÑALADOS POR LA OIT: EL *GRADO DE INTEGRACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN* Y SU APLICACIÓN TÁCITA EN COLOMBIA.

La OIT señala algunos indicadores que pueden ser de gran utilidad a la hora analizar el carácter misional permanente de una actividad, como el *grado de integración en la organización*¹⁶⁹, el cual puede determinarse a partir de indicadores como *quién supervisa las condiciones de trabajo, el suministro de herramientas, materiales y maquinaria, el dictado de cursos y si la remuneración se paga en forma periódica y si constituye una proporción importante de los ingresos del/la trabajador*.

De otro lado, también resultan útiles algunos indicadores¹⁷⁰ que señala como de vigencia en países donde se aplica el derecho consuetudinario, los cuales son: *indicadores de control, integración en la empresa, realidad económica o quién soporta el riesgo financiero y obligaciones mutuas*.

Algunos de estos indicadores señalados por la OIT se han aplicado implícitamente por las Altas Cortes en particular a hora de decidir con base en los hechos sobre la existencia de contrato realidad, sean cuales sean las apariencias o el modo en que las

169. OIT: La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. P. 8. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>

170. Ibidem. P.26

partes hayan definido determinada relación contractual. Quién supervisa las condiciones de trabajo, la integración a la estructura administrativa y organizacional de la entidad, el suministro de herramientas, materiales y maquinaria y la proporción de tiempo y de ingresos de carácter periódico. Figurar en la nómina, cobrar cuentas hechas por la misma persona que realiza la actividad, atender por sí mismo en el lugar en el que tal es desarrollada y no recibir órdenes de superiores, son otros indicadores que cabe incluir en la categoría de *grado de integración a la organización* que han sido aplicados por la Corte Suprema¹⁷¹. Pasan a reseñarse los más sobresalientes.

4.1 Indicador de supervisión

Quién supervisa las condiciones de trabajo. Si la organización tiene la posibilidad o realiza supervisión efectiva sobre la realización de la actividad, es indicio de que la misma es relevante para el desarrollo de su objeto y en esta medida, puede ser misional permanente.

La *supervisión de las condiciones de trabajo* ha sido reconocida como uno de los factores para establecer la subordinación del/la trabajador a quien supervisa. Así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia¹⁷² estableció en un caso en el que se estableció la existencia de contrato realidad respecto de la entidad beneficiaria del servicio en una situación de intermediación laboral, que es dable entender la supervisión como una manifestación de la subordinación laboral puesto que “*en condiciones normales, no puede darse respecto de los asociados de una cooperativa de trabajo asociado, por cuanto en la prestación de sus servicios, que se caracterizan por ser autogestionarios, no se hallan ellos sujetos a subordinación de la cooperativa a la que pertenecen ni, mucho menos, al tercero al que se le preste un servicio*”¹⁷³.

171. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de octubre de 1996. Radicado 8698. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

172. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Radicado No. 35790. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

173. Ibidem.

En ocasiones la facultad de supervisión se hace dependiente del tipo de servicio que se prestará, por lo que la conjugación del tipo de servicio y el hecho de que sea supervisado porque la entidad beneficiaria del mismo lo considere relevante para el desarrollo de su objeto, será un indicio relevante de que nos encontramos frente a una actividad de carácter misional permanente. En la sentencia citada en precedencia la Corte realizó esta inferencia de la cláusula del contrato entre la cooperativa de trabajo asociado y la entidad beneficiaria del servicio que establecía para la última *“la facultad de supervisar directamente el trabajo del personal a su disposición, en razón del tipo de servicio que éste prestará”*¹⁷⁴.

4.2 Indicador de integración organizacional

Si se desarrolla una actividad que es parte integrante de la estructura organizacional y administrativa de la entidad beneficiaria del servicio, la misma es misional permanente.

La Corte Suprema ha expresado que el actor del caso referido, que se desempeñaba como director de la entidad demandada que era una Universidad, no era un simple trabajador asociado a una cooperativa a través de la cual prestaba un servicio a la misma, sino que *“formaba parte de su organización administrativa, con vocación de permanencia, y era considerado como un miembro directivo y parte de la estructura organizativa como entidad educativa, al punto de que no sólo la demandada exaltó su labor, cuanto que, además, tomó determinaciones relacionadas con la hoja de vida”*¹⁷⁵ al hacer en la misma anotación de tal reconocimiento.

Esta misma Corporación analiza en otro caso¹⁷⁶, también en el ámbito médico, si el demandante formaba parte de la administración y de la organización de la entidad demandada a

174. Ibidem.

175. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Radicado 35790.M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

176. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 22 de abril de 2005. Radicado 23669. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

través de la actividad de coordinación de los médicos de urgencias, es decir si desempeñaba *“una labor propia del engranaje administrativo de la empresa”*, para determinar la existencia de un contrato realidad en presencia de subordinación por parte del/la trabajador.

4.3 Indicador de suministro de herramientas

Si el beneficiario del servicio proporciona herramientas, materiales o maquinaria para la realización de la actividad, podría ésta ser misional permanente.

La OIT ha señalado que las/los trabajadores no hayan entrado jamás en la empresa que los emplea, pero “[...] acaso porque utilizan materiales, equipo o herramientas proporcionados por la empresa cliente, deben cumplir instrucciones y están sujetos a un control por parte de ella que no por ser distinto de lo habitual deja de ser severo, es posible que la empresa considere que tales trabajadores son empleados suyos.”¹⁷⁷

Este indicador señalado por la OIT se corresponde con lo consagrado en el artículo 35 inciso 2 del Código Sustantivo de Trabajo que expresa que *“Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.”*

Por otro lado, en un caso decidido por la Corte Suprema de Justicia, los “elementos asignados por la demandada” fue uno de los indicadores para que se acreditara la relación laboral¹⁷⁸.

La Corte Suprema ha considerado como irrelevante el uso de formas o formatos suministrados por la entidad beneficiaria del

177. OIT: La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. P. 13. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>

178. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 24 de abril de 2012. Radicado 39600. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

servicio¹⁷⁹, como las formas utilizadas para describir la atención a los pacientes en el ámbito médico y los formatos para las cuentas de cobro administrativo. En el primer caso, la misma Corte asevera que “[...] *en general no asumen el carácter de órdenes y también en general corresponden a exigencias del sistema de seguridad social, según exigencias que emanan del Ministerio del ramo y que deben cumplir todos los médicos, subordinados o no*”¹⁸⁰, pero justamente esta exigencia da cuenta de que la actividad es misional permanente, pues en el particular consistente en demanda a una IPS por parte de un médico de urgencias con el fin de obtener, entre otras pretensiones, la declaratoria de existencia de un contrato realidad, el ente beneficiario del servicio está en plenas posibilidades de dar aplicación a disposiciones de carácter técnico, ya que se refieren al ramo en el que opera, es decir, se trata de órdenes o directrices emitidas por los órganos llamados a regular el objeto mismo de la entidad.

Con todo, es importante señalar que éste indicador debería ser conjugado con otros adicionales para probar el vínculo en la realidad, pues no constituye por sí solo un indicio suficiente. En ese sentido, señaló la Corte Suprema lo siguiente:

“Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas [...], sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas [representación patronal, el contratista independiente y las empresas de servicios temporales].”¹⁸¹

179. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 22 de abril de 2005. Radicado 23669. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

180. Ibídem.

181. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 27 de octubre de 1999. Radicado 12187. M.P. José Roberto Herrera Vergara.

4.4 Indicador de exclusividad material

Si la actividad desarrollada representa una proporción importante o la totalidad de tiempo e ingresos del/la trabajador, podría esta ser misional permanente en tanto requiere de manera continuada la disponibilidad exclusiva de la fuerza de trabajo.

La proporción de tiempo que ocupa al trabajador en su disponibilidad total, así como la proporción en sus ingresos totales de la remuneración obtenida por la actividad que desarrolla, pueden ser indicadores aplicables para determinar si la externalización se produce frente a una actividad misional permanente. Cuando la proporción de tiempo tiende a la exclusividad del/la trabajador, se infiere que se trata de una actividad que requiere ser constantemente desempeñada y que es de importancia para la empresa o entidad pues es excluyente de otras que pudiere realizar en simultaneidad, exclusividad que se verá asimismo expresada como proporción importante o incluso como monto único en la totalidad de ingresos del/la trabajador por lo menos por el ejercicio de actividades productivas.

El fenómeno del trabajo *económicamente dependiente*, ha sido descrito por la OIT como aquel que se sitúa a medio camino entre el trabajo independiente y el dependiente, pues “*las/los trabajadores son formalmente independientes pero su ingreso depende de unos pocos ‘clientes’ o de uno solo*”¹⁸², si bien este órgano reconoce la de la heterogeneidad de situaciones que comprende, así como la ausencia de una definición y la falta de datos estadísticos.

La Corte Suprema estimó en un caso que el *ad quem* se equivocó cuando no halló relevancia en el hecho de que “el actor tenía un horario de oficina de 8 a 12 del día y de 4 de la tarde a 8 de la noche, de lunes a viernes, y los sábados de 8 a 12 del día [...]”¹⁸³, lo que en conjugación con las funciones del actor en el

182. OIT: La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. P. 13. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>

183. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Radicado No. 35790.M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

manejo de la nómina, el presupuesto, la contabilidad y la gestión administrativa, fueron indicio de existencia de relación laboral y así lo determinó la Corporación.

El Consejo de Estado ha expresado, aludiendo al desarrollo de un servicio de manera permanente, que este elemento consiste en la prestación del servicio de manera continua en una jornada de trabajo definida, *“lo cual significa que no necesariamente se alude a la prestación del servicio en jornada estricta de labor de 8:00 a.m. a 12:00 a.m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., sino también cuando éste se cumpla en un turno definido previamente, como sucede en el sub-lite, al apreciarse que la actora se sometía al cumplimiento de turnos laborales estrictos y en jornadas definidas”*¹⁸⁴.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia declaró en un caso en el cual se discutía la existencia de una relación laboral en la modalidad de trabajador oficial frente a la de un contrato administrativo de prestación de servicios en relación con una entidad pública, que *“[...] el cumplimiento de un horario estricto en sitio determinado y para el desarrollo de precisas órdenes, constituye signo inequívoco de la subordinación, en la medida que [la/el trabajador], debió de manera exclusiva poner a disposición del [empleador] su fuerza de trabajo en tiempo predeterminado, configurándose así una prestación de servicios como trabajador oficial. [...] no es predicable [...] que lo fue mediante un contrato administrativo de prestación de servicios, porque el convenio de la actividad permanente, exclusiva, con horario y cumplimiento de órdenes no es típico de la naturaleza de éstos contratos.”*¹⁸⁵

En un caso en el que el Consejo de Estado determinó la no existencia de contrato laboral entre el demandante y una entidad pública, señaló que *“las labores de celaduría y de aseo eran desempeñadas por aquél de manera esporádica toda vez que su desempeño laboral en la oficina de Rentas Departamentales, le impedía deprecar el cumplimiento subordinado, cotidiano, perma-*

184. Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 18 de mayo de 2006. Radicado 1553. Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado.

185. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 8 de febrero de 2006. Radicado 25729. M.P. Isaura Vargas Díaz.

nente y sucesivo de dichas labores, máxime porque de aceptarse lo anterior, se estaría admitiendo irregularmente la existencia de dos (2) empleos públicos”¹⁸⁶. De este modo, el desempeño laboral del demandante en otro cargo que impedía la coexistencia de dos labores de naturaleza pública de carácter permanente fue el indicador que usó el Colegiado.

Conceptualmente la subordinación y la dependencia económica son distintas, pero participan de dos concepciones diferentes del desequilibrio contractual propio del contrato de trabajo. La subordinación en su acepción primaria u original supone una relación jerárquica o de autoridad entre el empleador y la/el trabajador, que le permite al primero dar órdenes y que al segundo le obliga a obedecerlas. La dependencia económica focaliza la situación en que por su debilidad en el mercado de trabajo una persona está forzada a hacer depender sus medios de existencia de otra, para la cual trabaja y la cual se beneficia de su trabajo. En la esencia de la subordinación está una asimetría en una relación de poder, y en el origen de la dependencia económica una desigualdad de situaciones, que son dos desequilibrios que pueden aprehenderse en la relación contractual laboral. (A. Supiot, 2007, J.L. Gillet, 2011).

En la actualidad, la dependencia económica no suele utilizarse en el mundo como criterio esencial, suficiente por sí solo y excluyendo el de subordinación, para establecer el contrato realidad laboral. De hecho, lo que pasa es que en la aplicación del método de los “haces de índices”, los jueces echan mano de índices o indicadores de este criterio y de índices de otros criterios (en primer lugar del de subordinación, pero también del de pertenencia a un servicio integrado, o de este otro de pertenencia a una empresa ajena), para formarse una convicción sobre la existencia de dicho contrato realidad.

La lista de indicadores que las jurisprudencias han utilizado parece ser larga, pero los principales y que se derivan más directamente de la esencia del concepto son:

186. Colombia. Consejo de Estado. Sección segunda. Sentencia del 22 de junio de 2006. Radicado 5846. M.P Alejandro Ordoñez Maldonado.

1. *La exclusividad.* La/el trabajador ha debido comprometerse a la exclusividad, o sea, a trabajar sólo para una entidad.
2. *La casi-exclusividad o disponibilidad.* La/el trabajador ha debido comprometerse a dar la prioridad a los trabajos o encargo de una entidad. Un contraindicador es el que la/el trabajador pueda rechazar un trabajo que le propone esta entidad. (Los dos términos se encuentran en la literatura jurídica).
3. *Un ingreso único o relativamente alto.* Ingreso procedente de una entidad que represente el único o la mayor parte de los medios de existencia del/la trabajador (para unos, más del 50%).
4. *La continuidad en el tiempo* del recurrir por parte de la entidad a la actividad del/la trabajador.

Es importante anotar que en la Recomendación n° 191 de la OIT sobre “Relación de trabajo”, entre los “posibles índices específicos” que se enumeran, se leen los siguientes que son de dependencia económica y coinciden en gran medida con los acabados de mencionar:

- 1) El trabajo efectuado única o principalmente para una sola persona.
- 2) El trabajo de cierta duración y continuidad, o que requiere una disponibilidad del/la trabajador.
- 3) La única o principal fuente de ingreso.

5. COMPENDIO DE LOS INDICADORES PARA DETERMINAR SI UNA ACTIVIDAD ES MISIONAL O PERMANENTE

Indicadores expresamente señalados por la Corte Constitucional para el SECTOR PÚBLICO, algunos de los cuales son aplicables a otros sectores:

- **INDICADOR FUNCIONAL:** Si la función o actividad consta como propia de la entidad pública en el reglamento, la ley o la constitución, o en la plataforma corporativa de una entidad privada, esta es misional permanente.
- **INDICADOR DE IGUALDAD:** Si una actividad externalizada es desarrollada en sus mismas características por empleados directamente vinculados con el ente público o privado, es una función misional permanente.
- **INDICADOR TEMPORAL O DE LA HABITUALIDAD:** Si la actividad es requerida de manera continua o habitual por el ente público o privado, es de carácter misional permanente.
- **INDICADOR DE LA EXCEPCIONALIDAD:** Si la actividad externalizada no es nueva o de carácter excepcional para la entidad pública o privada, es misional o permanente.
- **INDICADOR DE CONTINUIDAD:** Si la actividad se desarrolló haciendo uso de la contratación sucesiva, es misional permanente en tanto se demuestra su requerimiento continuo.
- **Indicadores que emanan de la discusión de existencia o no de SUBORDINACIÓN para determinar si la actividad es misional o permanente:**

- **INDICADOR DE CONTROL POR EL OBJETO:** Si el empleador tiene una mayor posibilidad de ejercer control sobre actividades, puede que estas tengan el de misionales permanentes.
- **INDICADOR DE INJERENCIA EN LA SELECCIÓN DEL PERSONAL:** Si el beneficiario del servicio tiene la posibilidad de intervenir en la selección del personal requerido en razón al campo o especialidad de su objeto, las actividades que serán desarrolladas son misionales permanentes.
- **INDICADOR DE CONEXIDAD:** Si las actividades realizadas son conexas a las claramente misionales permanentes, son parte integrante de las mismas en tanto adquieren vocación de permanencia.
- **INDICADOR DE FUNCIÓN DE DIRECCIÓN:** Si la labor realizada consiste en dar órdenes o emitir directrices sobre el desarrollo de actividades misionales permanentes es, será esta en sí misma misional permanente.

Indicadores decantados de la jurisprudencia de declaratoria de SOLIDARIDAD entre el ente beneficiario del servicio y la entidad contratista en consideración a que la/el trabajador realiza actividades misionales permanentes del primero:

- **INDICADOR DEL BENEFICIARIO DEL SERVICIO:** Si el ente económico ha podido desarrollar la actividad por sí mismo y haciendo uso de sus recursos pero la externaliza, que sea el beneficiario del servicio implica el desarrollo de actividades misionales permanentes.
- **INDICADOR DE PREPARACIÓN DE MAQUINARIA ESENCIAL:** Si la actividad realizada consiste en la preparación o construcción de maquinaria y equipos necesarios para realizar una función misional permanente, aunque sean excepcionales, o en realizar mantenimiento de los mismos, son estas labores misionales o permanentes y se entienden como parte del objeto de la entidad beneficiaria.
- **INDICADOR DE ETAPA DE PROCESO INDUSTRIAL:** Si la actividad desarrollada se comprende dentro del proceso industrial, es misional permanente, entre ellas, las funciones de distribución y mercadeo.

- **INDICADOR DE SIMILITUD DE OBJETOS:** Si los objetos sociales del ente beneficiario del servicio y de aquel a través del cual se externalizó la función presentan una igualdad total o parcial formal, las realizadas por el segundo se corresponden con actividades misionales o permanentes.
- **INDICADOR DE LA REALIDAD EN EL OBJETO:** Las actividades pueden ser misionales o permanentes por identidad de objetos sociales vistos estos en la realidad; por ello deben examinarse las actividades realmente desarrolladas más allá de las estrictamente establecidas en los objetos sociales.

Indicadores contruidos a partir de la jurisprudencia en la que se analizan casos de intermediación ilegal a través de la figura legal de las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES:

- **INDICADOR DE CONTINUIDAD:** Si una función se desarrolló por una EST superando el límite del tiempo por el cual el usuario puede hacer uso de esta figura legal en los casos expresamente señalados por la ley, se tratará de actividades misionales permanentes en tanto el ente económico tiene una necesidad constante de tales servicios.
- **INDICADOR DE ACTIVIDADES PARALELAS:** Que el empleado en misión desarrolle por orden del ente beneficiario del servicio labores no incluidas en el contrato, es un indicio de que puede estar haciendo uso de esta figura para realizar intermediación ilegal y externalizar funciones misionales permanentes.

Indicadores para determinar el carácter de misional permanente de la actividad en términos de “similitud, conexidad o complementariedad” de actividades y de “unidad de propósito y dirección”, en jurisprudencia que analiza la existencia de UNIDAD DE EMPRESA o GRUPO EMPRESARIAL.

- **INDICADOR DE SIMILITUD DE OBJETOS:** Si los objetos sociales del ente que ejerce control y de aquel subordinado presentan una igualdad total o parcial formal, las actividades desarrolladas son “similares”.

- **INDICADOR DEL USO DE RECURSOS:** Si una de las entidades hace uso de recursos, redes y sistemas de información de la otra entidad o su talento humano, las actividades por estas desarrolladas son de carácter “conexo” y “complementario”.
- **INDICADOR DE LA CONDICIÓN EN EL OBJETO:** Si el carácter de conexas o complementarias de las actividades desarrolladas por las entidades materialmente subordinadas es un requisito estipulado por la compañía matriz para constituir o participar económicamente en las primeras, entonces realizan en efecto, actividades conexas o complementarias.
- **INDICADOR DE EXCLUSIÓN DE LA PROHIBICIÓN:** Así la ley prohíba la realización de ciertas funciones y se cree o contrate con otra empresa para desarrollarlas, no se excluye por esta prohibición el carácter de similares, complementarias o conexas que puedan tener sus actividades.

Indicadores para determinar el carácter de misional permanente de una actividad desde la doctrina de la OIT y la jurisprudencia:

- **INDICADOR DE SUPERVISIÓN:** Si la organización tiene la posibilidad o realiza supervisión efectiva sobre la realización de la actividad, es indicio de que la misma es relevante para el desarrollo de su objeto y en esta medida, puede ser misional permanente. De esta manera, respecto de quien supervisa las condiciones de trabajo sería posible determinar la existencia de una relación laboral directa.
- **INDICADOR DE INTEGRACIÓN ORGANIZACIONAL:** Si se desarrolla una actividad que es parte integrante de la estructura organizacional y administrativa de la entidad beneficiaria del servicio, la misma es misional permanente.
- **INDICADOR DE SUMINISTRO DE HERRAMIENTAS:** Si el beneficiario del servicio proporciona herramientas, materiales o maquinaria para la realización de la actividad, podría ésta ser misional permanente.
- **INDICADOR DE EXCLUSIVIDAD MATERIAL:** Si la actividad desarrollada representa una proporción importante o la totalidad de tiempo e ingresos del/la trabajador, podría esta ser misional permanente en tanto requiere de manera continuada la disponibilidad exclusiva de la fuerza de trabajo.

6. PREGUNTAS PARA HACERSE EN CASOS CONCRETOS PARA DETERMINAR SI LA ACTIVIDAD DESARROLLADA ES MISIONAL O PERMANENTE

A continuación, algunas preguntas que, con base a los indicadores esbozados, procede hacerse a la hora de analizar el contenido misional permanente de una actividad:

- ¿La actividad desarrollada se encuentra expresada o se deriva del contenido de la plataforma corporativa de la empresa o de la disposición constitucional, legal, en la ordenanza o acuerdo a partir del cual se crea?
- ¿Cuál es el grado de conexidad de la actividad analizada respecto de las reconocidas por el ente como misionales permanentes?
- ¿El beneficiario del servicio tiene la posibilidad de realizar control especializado sobre la actividad desarrollada?
- ¿Tiene la/el trabajador la facultad de dar órdenes o de emitir directrices sobre el desarrollo de actividades misionales permanentes?
- ¿El beneficiario del servicio supervisa las condiciones de trabajo?
- ¿El beneficiario del servicio tiene la posibilidad de intervenir en la selección del personal en la evaluación de conocimientos y competencias especializadas o en relación directa con su objeto o misión?
- ¿La actividad desarrollada representa una proporción importante de tiempo y de ingresos del/la trabajador?
- ¿La contratación para la realización de la misma actividad se presenta de manera sucesiva, así quien se contrate no sea el mismo trabajador?

- ¿El beneficiario de la actividad dicta cursos para el desarrollo de la misma?
- ¿El beneficiario del servicio suministra herramientas, materiales o maquinaria para la realización de la actividad?
- ¿El beneficiario del servicio es quien soporta el riesgo financiero de la actividad desarrollada por la/el trabajador?
- ¿La actividad desarrollada por la/el trabajador se encuentra integrada a la estructura administrativa u organizacional de la entidad? ¿El cargo que desarrolla hace parte de la estructura jerárquica de la compañía?
- ¿La/el trabajador figura en la nómina de la empresa?
- ¿La/el trabajador debe acatar órdenes o directrices emitidas por el órgano de supervisión y control del ramo de la actividad al que se circunscribe la entidad?
- ¿La actividad es desarrollada también por empleados directos de la empresa o los servidores públicos de la entidad?
- ¿La actividad es requerida por la entidad de manera continua o habitual para el desarrollo de su objeto? ¿La labor desarrollada por la/el trabajador se trata de una actividad excepcional o nueva?
- ¿La actividad desarrollada es una etapa integrante del proceso industrial o de la prestación del servicio?
- ¿En qué medida las actividades desarrolladas son complementarias a las misionales permanentes?
- ¿La labor consiste en preparar o construir maquinaria y equipos necesarios para el desarrollo de una actividad misional permanente?
- ¿Existe similitud entre los objetos sociales de las entidades?
- ¿Las actividades desarrolladas por la entidad son más amplias o más restringidas a las que establece su objeto social?
- ¿Una de las entidades hace uso de los recursos técnicos o se sirve del talento humano de la otra para el desarrollo de sus actividades?
- ¿Se expresa en el objeto de una de las entidades la necesidad de que la otra presente un objeto social similar, conexo o complementario para participar económicamente de la misma?

7. HACIA UN CONCEPTO DE LO MISIONAL Y PERMANENTE

A partir de los criterios que en precedencia se señalan a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como de la doctrina de la OIT, es posible esculpir algunos conceptos de lo misional y lo permanente en cada uno de los ámbitos de los cuales emergieron las categorías desarrolladas, en la medida en que un concepto unívoco no sería aplicable en todos los casos considerando la diversidad de marcos jurídicos que rigen las relaciones laborales externalizadas y las situaciones de rediseño empresarial, que hacen inaplicables algunas categorías a la totalidad de los casos.

En coherencia con la conceptualización realizada, es importante precisar que el carácter misional permanente de la actividad es independiente, según la jurisprudencia revisada de que la misma sea habitual o se realice en el tiempo de manera repetitiva o cotidiana. La perspectiva de las Cortes, en casos como el de la grúa telescópica que se analizó en precedencia, parte de analizar la actividad del ente económico en el lenguaje de los ciclos de producción, esto es, si la actividad hace parte del proceso como tal, sin importar que se presente una sola vez en el ciclo, es misional permanente puesto que se repetirá en ciclos posteriores. En el caso, por ejemplo, de la palma, si la siembra es una actividad que se presenta al inicio de la cadena de producción y se reali-

za cada veinticinco años, es misional permanente sin importar que se requiera una sola vez cada tanto, pues es omnipresente en cada ciclo de producción. Este análisis permite conceptualizar en perspectiva cualitativa lo misional permanente como una actividad que hace parte del ciclo de producción.

De otro lado, es fundamental analizar si la actividad tiene, por su naturaleza, el carácter de estacional. Esta mirada nos lleva a analizar lo misional permanente desde lo cuantitativo. Los volúmenes de producción de una actividad estacional por su naturaleza son previsibles y sólo las fluctuaciones generadas por las dinámicas del mercado son excepcionales. Desde esta perspectiva, no puede decirse que las actividades constantes en el tiempo en términos cuantitativos son las únicas misionales permanentes, cuando las variaciones productivas se deban al ciclo productivo y a la estacionalidad de la actividad.

Hechas estas precisiones, se presentan perspectivas del carácter misional permanente de una actividad desde su ámbito de aplicación:

En manera privativa para el sector público **es misional permanente una actividad señalada como propia de la entidad en la ley o en la Constitución Política.** En términos generales, puede decirse que son actividades misionales permanentes aquellas que se establecen como tales en los **reglamentos, las convenciones colectivas, o en sentencias o resoluciones de autoridad competente.** De manera general, **es misional permanente aquella actividad que es desarrollada en sus mismas características por empleados de planta y empleados externalizados y que se ejecuta y/o requiere de manera continua o habitual o tiene tal vocación de manera que no se constituya como excepcional.**

En relación con la solidaridad y las situaciones jurídicas en las cuales la subordinación es relevante, es misional permanente aquella actividad que en razón de su objeto específico la entidad está en posibilidad y capacidad técnica de controlar en su desarrollo, o de injerir en la selección del personal que se requiere para tales efectos, las que presentan conexidad con las abiertamente misionales permanentes y en tal medida tienen vocación

de continuidad, y aquellas funciones consistentes en dar órdenes o emitir directrices sobre el desarrollo de actividades misionales permanentes.

También en este ámbito, es misional y permanente aquella actividad que pudo desarrollar por sí mismo el ente económico y de la cual se beneficia, la que corresponde a una etapa del proceso industrial, la que se refiere a la preparación, construcción o el mantenimiento de maquinaria esencial. Son misionales permanentes aquellas actividades comunes a los objetos sociales formales y a los realmente desarrollados por las empresas.

En relación a la figura de las Empresas de Servicios Temporales, son misionales permanentes aquellas actividades que, tras ser desarrolladas superando el límite de tiempo legal permitido para hacer uso de la figura legal de Empresas de Servicios Temporales, se requieren de manera continua o habitual; asimismo pueden serlo aquellas que se desarrollan de manera paralela a los contratos civiles o comerciales y son diferentes a las estipuladas en la ley para las/los trabajadores en misión.

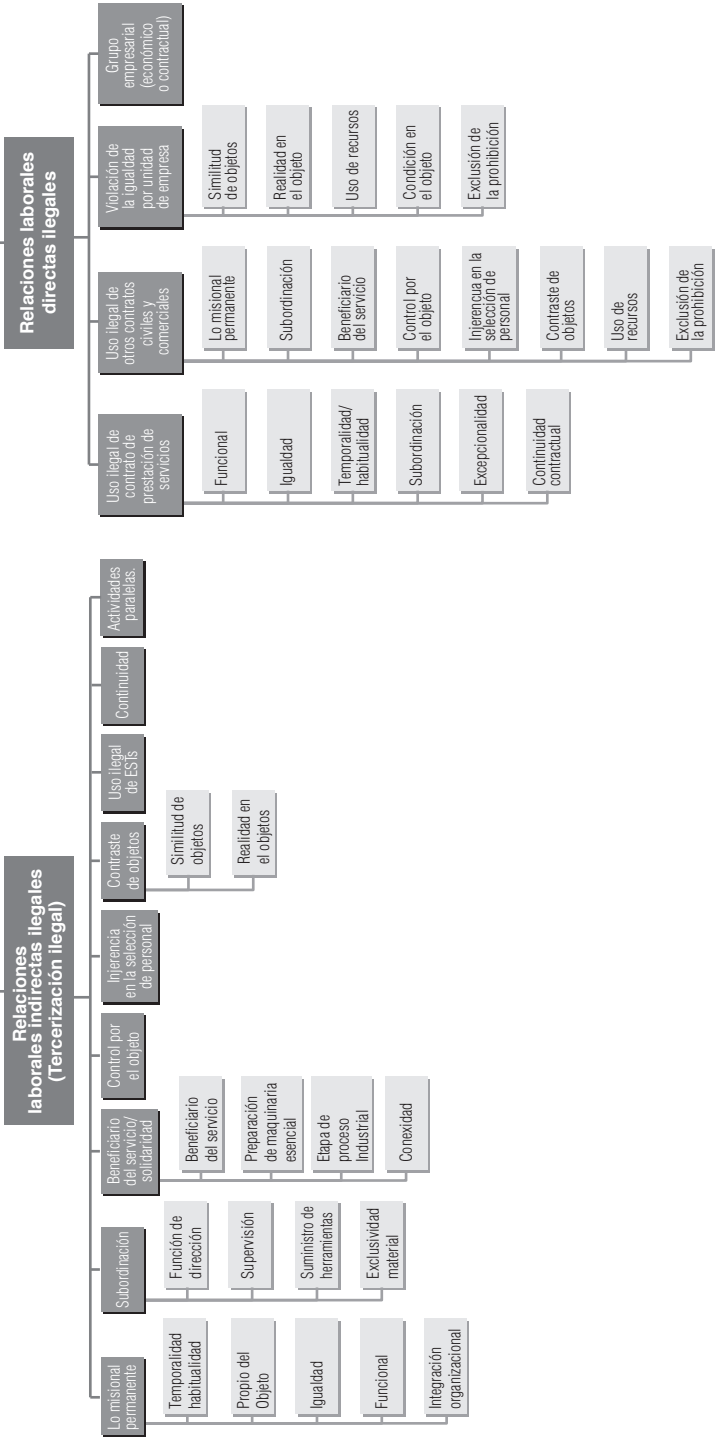
En lo tocante al rediseño empresarial, y relacionando los conceptos de misional permanente con los de actividades “similares, conexas o complementarias” y la “existencia de unidad de propósito y dirección” como uno de los requisitos para la declaratoria de unidad de empresa o grupo empresarial respectivamente, se tendrían como **misionales permanentes aquellas actividades que se puedan considerar similares, conexas o complementarias en la medida en que hagan parte común del objeto social de los entes económicos, o sean desarrolladas haciendo uso unilateral o recíproco de recursos, redes, sistemas de información o el talento humano. Asimismo, es misional permanente aquella actividad del ente respecto del que existe predominio económico si para el mismo fue condición que sus actividades fueren similares, conexas o complementarias a las del ente subordinante. Es misional permanente aquella actividad similar, conexas o complementaria desarrollada por otra entidad, sin importar que exista prohibición de desarrollarla por parte de la entidad subordinante.**

8. CUADRO RESUMEN. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS E INDICADORES A SITUACIONES ILEGALES DE INTERMEDIACIÓN Y EXTERNALIZACIÓN. INTEGRACIÓN E INTERACCIÓN DE LOS CRITERIOS E INDICADORES.

A continuación, se hace un acopio de los criterios e indicadores construidos en el análisis jurisprudencial realizado visto desde la perspectiva, no ya del tipo u orientación de las sentencias de las cuales se extrajeron, sino desde las relaciones laborales ilegales, sean estas directas e indirectas. En primer lugar, se presenta un mapa conceptual en el cual se relacionan distintas causales para determinar que una relación laboral directa o tercerizada es ilegal, y se relacionan los indicadores decantados para fundamentar tal ilegalidad.

En el mismo sentido del mapa, se presenta un cuadro donde se presentan los criterios e indicadores desde esta perspectiva. En la primera columna nombrada como CRITERIO, se establecen las situaciones que pueden dar lugar a la ilegalidad de la relación laboral directa o tercerizada; en la segunda se codifica cada uno de los indicadores señalados; en la tercera, nombrada INDICADOR, se relacionan los indicadores desarrollados a lo largo del texto; en la cuarta, nombrada como DESCRIPCIÓN, se explica brevemente el indicador respectivo; en la quinta columna, nombrada SUSTENTO JURISPRUDENCIAL, se relacionan las sentencias a partir de las cuales se construyó cada indicador; en la sexta columna, nombrada como CATEGORÍA E INTERACCIÓN CON OTROS INDICADORES, se establece una clasificación del indicador respectivo en el sentido de observar si el mismo es general, puede aplicarse universalmente con indiferencia de la figura jurídica de la que se trate o no, y si se aplica en la jurisprudencia de manera autónoma sin requerir prueba de otras situaciones o indicadores, es decir, si se presenta como suficiente para probar la situación de la que se trate

Relaciones laborales ilegales



Mapa de relación de las relaciones laborales directas, tercerizadas e intermediadas y los indicadores construidos para fundamentar su ilegalidad.

CUADRO RESUMEN. Aplicación de los criterios e indicadores a situaciones ilegales de intermediación y externalización. Integración e interacción de los criterios e indicadores.

1. RELACIONES LABORALES INDIRECTAS ILEGALES (Tercerización ilegal)					
CRITERIO*	Cód.	INDICADOR	DESCRIPCIÓN	SUSTENTO JURISPRUDENCIAL	CATEGORÍA E INTERACCIÓN CON OTROS INDICADORES
1. 1. LO MISIONAL PERMANENTE	1.1.1.	TEMPORALIDAD/HABITUALIDAD	<p>Si la actividad es requerida de manera continua o habitual por el ente público o privado, es de carácter misional permanente.</p> <p>Algunos criterios indicadores de habitualidad son el cumplimiento de un horario de trabajo y la realización frecuente de labor, (experiencias de constancia y cotidianidad), y la suscripción sucesiva de órdenes de trabajo por parte del empleador (implican su requerimiento continuo).</p> <p>Que una actividad no sea habitual, entendida como cotidiana, no le quita el carácter de misional permanente, ya que aunque aparezca una sola vez en cada ciclo productivo por prolongado en el tiempo que este sea, la jurisprudencia ha expresado que es misional permanente.</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. Consejo de Estado. Sentencia del 21 de febrero de 2002, radicado 3530-2001. Sentencia del 25 de enero de 2001, radicado 1654-2000. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 21 de abril de 2004. Radicado No. 22426.</p>	<p><i>CATEGORÍA: General o de aplicación universal, aunque no necesario para establecer el carácter de misional permanente de la actividad.</i></p> <p>La actividad puede no ser habitual y considerarse misional permanente en tanto hace parte de proceso productivo. El Consejo de Estado lo ha conjugado con los criterios de igualdad y el grado de especialización de la actividad.</p>
* A los efectos de este trabajo, se acoge la distinción realizada por la OIT en materia de factores o indicadores e indicadores, entendiéndose los primeros como los elementos cualitativos que puedan probar la existencia de una relación de trabajo, y la palabra indicadores hace referencia a las circunstancias que pueden contribuir a verificar la existencia, en cada caso concreto, de los factores o indicadores a los cuales se adscriben.					

1. 1. LO MISIONAL PERMANENTE	1.1.2.	PROPIO DEL OB- JETO O ESENCIAL PARA SU DESARRO- LLO.	Engloba los indicadores de cons- trucción, preparación o mante- nimiento de maquinaria esencial (1.3.2.), etapa de proceso indus- trial (1.3.3.) y conexidad (1.3.4)	Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 22 de sep- tiembre de 2004, radicado 23063. Sentencia del 10 de marzo de 2009, radicado 27623. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de agosto 30 de 2005. Radicado No. 25505. M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López. Senten- cia del 25 de mayo de 1968. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de marzo 1 de 2011. Radicado No. 40932.	<i>CATEGORÍA: General o de apli- cación universal, y esencial o ne- cesario para establecer el carác- ter de misional permanente.</i> Este indicador de lo misional permanente tiene que estar presente ya que permite delimitar el objeto y entender como tal la actividad en todas sus etapas. Aunque no sea explícito, otros criterios pueden dar cuenta de que una actividad externalizada es realmente una etapa del proceso aun- que la misma no se tenga explícitamente por tal.
	1.1.3.	IGUALDAD	Si una actividad externalizada es desarrollada en sus mismas características por empleados di- rectamente vinculados con el ente público o privado, es una función misional permanente. La jurisprudencia ha establecido que es necesario que se pruebe la correspondencia de funciones, para lo cual señala que es funda- mental el cotejo de los manuales de funciones de los empleados de planta con las obligaciones conte- nidas en los contratos de carácter civil o comercial.	Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. Consejo de Es- tado. Sentencia del 6 de septiem- bre de 2008, radicado 2152-062. Sentencia del 18 de mayo de 2006, radicado 1553. Sentencia del 26 de enero de 2006, radi- cado 0735-05. Sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicado 2990-05. Sentencia del 13 de marzo de 2008, radicado 0087-07	<i>CATEGORÍA: General o de apli- cación universal, aunque no ne- cesario para establecer el carác- ter de misional permanente.</i> La jurisprudencia ha establecido que es necesario que se demuestre la per- manencia de la función y la equidad o similitud. De esta manera, deben apli- carse al caso concreto los indicadores: funcional (1.1.4.), de lo propio del objeto o esencial para su desarrollo (1.1.2.), y de igualdad. En el caso de la EST es necesario de- mostrar la continuidad, esto es, que la contratación a partir de esta modalidad sobrepase los límites temporales de ley. Ver criterio de continuidad (1.7.1.)

1.1. LO MISIONAL PERMANENTE	1.1.4.	FUNCIONAL	Si la función o actividad consta como propia de la entidad pública en el reglamento, la ley o la constitución, o en la plataforma corporativa o los estatutos de una entidad privada, esta es misional permanente. Asimismo, si ha sido establecida como tal en la convención colectiva o se haya calificado así por sentencia jurídica o resolución de autoridad competente.	Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. Consejo de Estado. Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 0370-2003. Sentencia del 10 de agosto de 2006, radicado 4096-03.	<i>CATEGORÍA: General o de aplicación universal, aunque no necesario para establecer la misionalidad.</i>
	1.1.5.	INTERGRACIÓN ORGANIZACIONAL	Si se desarrolla una actividad que es parte integrante de la estructura organizacional y administrativa de la entidad beneficiaria del servicio, la misma es misional permanente.	Doctrina de la OIT. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de abril de 2012, radicado 39600. Sentencia del 22 de abril de 2005, radicado 23669	<i>CATEGORÍA: General o de aplicación universal, aunque no necesario para establecer la misionalidad.</i> Es posible conjugarlo con el criterio funcional (1.1.4.)
	1.2.1.	FUNCION DE DIRECCIÓN	Si la labor realizada consiste en dar órdenes o emitir directrices sobre el desarrollo de actividades misionales permanentes es, será esta en sí misma misional permanente. Las funciones administrativas propias de la entidad deberían estar previstas en la planta de personal. No es posible ejercer una actividad de dirección sin que exista subordinación.	Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 23 de junio de 2005, radicado 245-03. Sentencia del 18 de mayo de 2006, radicado 1553. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 10 de octubre de 2005, radicado 24057.	<i>CATEGORÍA: De carácter específico o restringido a figuras que no admiten la subordinación. Autónomo o suficiente para comprobarla.</i> Está en estrecha relación con el indicador de integración organizacional (1.1.6) y el de conexidad (1.3.4)
1.2. SUBORDINACIÓN					

1.2. SUBORDINACIÓN	1.2.4.	EXCLUSIVIDAD MATERIAL	<p>Si la actividad desarrollada representa una proporción importante o la totalidad de tiempo e ingresos del/la trabajador, podría estar misional permanente en tanto requiere de manera continuada la disponibilidad exclusiva de la fuerza de trabajo.</p> <p>Proviene del concepto elaborado por la OIT de “Trabajador económicamente dependiente” que es aquel <i>“formalmente dependiente pero que en materia de ingresos depende de unos pocos ‘clientes’ o de uno solo.”</i></p>	<p>Doctrina de la OIT.</p> <p>Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de mayo de 2010, radicado No. 35790. Sentencia del 8 de febrero de 2006, radicado 25729.</p> <p>Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 18 de mayo de 2006, radicado 1553. Sentencia del 22 de junio de 2006, radicado 5846.</p>	<p>CATEGORÍA: De carácter específico o restringido a figuras que no admiten la subordinación. Indicador complementario porque a la fecha se está retomando por parte de la OIT.</p> <p>La proporción importante de tiempo puede implicar exclusividad e indicar habitualidad.</p>
1.3. BENEFICARIO DEL SERVICIO (SOLIDARIDAD)	1.3.1.	BENEFICIARIO DEL SERVICIO	<p>Si el ente económico ha podido desarrollar la actividad por sí mismo y haciendo uso de sus recursos pero la externaliza, que sea el beneficiario del servicio implica el desarrollo de actividades misionales permanentes.</p>	<p>Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de septiembre de 1993. Radicado 5.898. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Ver asimismo, la sentencia del 2 de febrero de 1996, radicado 7942 del mismo magistrado.</p> <p>Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 1 de marzo del 2010. Radicado 35864. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.</p>	<p>CATEGORÍA: General o de aplicación universal. No se presenta de manera autónoma.</p> <p>Se ha conjugado con el indicador de Etapa de un mismo proceso industrial (1.3.3.).</p>

<p>1.3. BENEFICARIO DEL SERVICIO (SOLIDARIDAD)</p>	<p>1.3.2.</p>	<p>PREPARACIÓN DE MAQUINARIA ESENCIAL</p>	<p>Si la actividad realizada consiste en la preparación o construcción de maquinaria y equipos necesarios para realizar una función misional permanente, aunque sean excepcionales, o en realizar mantenimiento de los mismos, son estas labores misionales o permanentes y se entienden como parte del objeto de la entidad beneficiaria. Debe tratarse de actividades imprescindibles y específicas para la obtención del producto industrial. "[...] cuando el empleador realiza por sí o por terceras personas, obras nuevas o de mantenimiento, que van a ser parte de la cadena productiva, instrumento para la manipulación de las materias que se transforman o de los productos acabados, está justamente desempeñándose en el giro propio de sus negocios." «[Si] se trata del mantenimiento de elementos necesarios y distintivo de este tipo de industria, [...] como tal, un servicio con vocación a ser requerido continuadamente.»</p>	<p>Este indicador representa un giro jurisprudencial positivo que dio la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de septiembre de 2004, radicado 23063. Sentencia del 10 de marzo de 2009, radicado 27623.</p>	<p><i>CATEGORÍA: General o de aplicación universal. Autónimo para establecer la solidaridad, aunque no necesario. Autónimo y necesario para calificar una actividad como misional permanente, entendido como factor del indicador 1.1.3.</i></p> <p>Este indicador es expresión del indicador de conexidad (1.3.4.).</p>
---	----------------------	--	---	---	--

<p>1.3. BENEFICARIO DEL SERVICIO (SOLIDARIDAD)</p>	<p>1.3.3.</p>	<p>ETAPA DE PROCESO INDUSTRIAL</p>	<p>Si la actividad desarrollada se comprende dentro del proceso industrial, es misional permanente, entre ellas, las funciones de distribución y mercadeo.</p> <p>«[...]no puede considerarse jamás como actividad desvertebrada o remota de cualquiera empresa o negocio la de acercar el producto elaborado a la clientela que lo demanda, con el propósito de que el consumidor lo adquiera fácilmente, actividad que no interesa únicamente a los terceros, puesto que de ella se obtienen generalmente mayores beneficios para el productor»</p>	<p>Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de agosto 30 de 2005. Radicado No. 25505. M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López. Sentencia del 25 de mayo de 1968.</p>	<p><i>CATEGORÍA: General o de aplicación universal. Autónimo para establecer la solidaridad, aunque no necesario. Autónimo y necesario para calificar una actividad como misional permanente.</i></p> <p>Este indicador es expresión del criterio del beneficiario de la obra o servicio.</p>
	<p>1.3.4.</p>	<p>CONEXIDAD</p>	<p>Si las actividades realizadas son conexas a las claramente misionales permanentes, son parte integrante de las mismas en tanto adquieren vocación de permanencia</p>	<p>Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de marzo 1 de 2011. Radicado No. 40932.</p>	<p><i>CATEGORÍA: General o de aplicación universal. Autónimo para establecer la solidaridad, aunque no necesario. Autónimo y necesario para calificar una actividad como misional permanente, entendido como factor del indicador 1.1.3.</i></p> <p>Dialoga con los indicadores de función de dirección, y preparación de maquinaria esencial.</p>

<p>1.4. CONTROL POR EL OBJETO</p>	<p>Si el empleador tiene una mayor posibilidad de ejercer control sobre las actividades, puede que estas sean el de misionales permanentes. El empleador tiene una mayor posibilidad de ejercer control sobre actividades misionales permanentes, en virtud de sus capacidades técnicas, los protocolos fijados y su experiencia, por lo que es más amplio el espectro de posibilidades de control sobre la actividad externalizada que en la realidad es misional permanente del beneficiario. Este criterio tiene aplicación respecto de las/los trabajadoras y respecto de los entes económicos.</p> <p>La Corte Suprema de Justicia ha considerado, asimismo, indicador de subordinación <i>"la elaboración de reportes semanales, la información a presentar, la asistencia a reuniones de trabajo o ventas, la asignación de clientes o prospectos, la autorización de gastos para llevar a cabo la tarea de ventas [...]"</i>.</p>	<p>Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de marzo 1 de 2011, radicado No. 40932. Sentencia de marzo 14 de 2003, radicado No. 19047. Sentencia del 25 de mayo de 2010, radicado No. 35790. Sentencia del 24 de abril de 2012, radicado 39600. Sentencia de marzo 1 de 2011, radicado No. 40932. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 15 de junio de 2006, radicado 2603. Sentencias del 7 de abril de 2005, radicado 2152, del 6 de marzo de 2008, radicado 4312; del 30 de marzo de 2006, radicado 4669; del 14 de agosto de 2008, radicado 157-08.</p>	<p>CATEGORÍA: <i>General o de aplicación universal. Autónomo.</i> Se conjuga, entre otros, con el indicador de <i>Etapas de proceso industrial</i> para probar que se trata de una actividad misional permanente.</p>
<p>1.5. INJERENCIA EN LA SELECCIÓN DE PERSONAL</p>	<p>Si el beneficiario del servicio tiene la posibilidad de intervenir en la selección del personal requerido en razón al campo o especialidad de su objeto, las actividades que serán desarrolladas son misionales permanentes.</p> <p>Analizar la modalidad de pruebas y exámenes y el conocimiento especializado que busque medir. Las posibilidades del ente productivo para testear conocimientos técnicos y especializados por sí misma solamente puede derivarse de que se trate de una función misional permanente.</p>	<p>Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 25 de mayo de 2010, radicado No. 35790.</p>	<p>CATEGORÍA: <i>De carácter general, aunque de aplicación restringida a relaciones triangulares. Autónomo o suficiente para comprobar que no existe autonomía del ente que presta el servicio o desarrolla la actividad.</i> Suficiente para probar la falta de autonomía de la entidad que realiza la actividad, pero es necesario conjugarlo con otros criterios para establecer el carácter de misional permanente de la actividad. Este indicador es expresión del indicador de control por el objeto.</p>

1.6. CONTRASTE DE OBJETOS	1.6.1.	SIMILITUD DE OBJETOS	Si los objetos sociales del ente beneficiario del servicio y de aquel a través del cual se externalizó la función presentan una igualdad total o parcial formal, las realizadas por el segundo se corresponden con actividades misionales o permanentes.	Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de octubre de 1997, radicado 9881. M.P. Francisco Escobar Henríquez.	<i>CATEGORÍA: General o de aplicación universal. Autónimo.</i> Se ha conjugado con el criterio de la realidad en el objeto (1.5.12) cuando no parece suficiente la comparación de los objetos tal cual se definen en los estatutos de la empresa.
	1.6.2.	REALIDAD EN EL OBJETO	Las actividades pueden ser misionales permanentes por identidad de objetos sociales vistos estos en la realidad; por ello deben examinarse las actividades realmente desarrolladas más allá de las estríctamente establecidas en los objetos sociales. «en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo lo que debe observarse para efectos de establecer la solidaridad que allí se consagra no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste».	Corte Suprema de Justicia. Sentencias del 22 de septiembre de 2004, radicado 23063 y del 2 de junio de 2009, radicado 33082. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sentencia del 10 de marzo de 2009, Radicado 27623. M.P. Eduardo López Villegas	<i>CATEGORÍA: General o de aplicación universal. Autónimo.</i>

<p>1.7. USO ILEGAL DE ESTs</p>	<p>1.7.1.</p>	<p>CONTINUIDAD</p>	<p>Si una función se desarrolló por una EST superando el límite del tiempo por el cual el usuario puede hacer uso de esta figura legal en los casos expresamente señalados por la ley, se tratará de actividades misionales permanentes en tanto el ente económico tiene una necesidad constante de tales servicios. Según la jurisprudencia, la superación del término de la contratación de trabajadores en misión (seis meses prorrogables hasta por seis meses más), genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales. De otro lado, ha establecido que el límite temporal debe entenderse como circunscrito a una necesidad específica.</p>	<p>Corte Suprema de Justicia. Sentencias del 24 de abril de 1997, radicado 9435, M.P. Francisco Escobar Henríquez; del 21 de febrero de 2006, radicado 25717, M.P. Carlos Isaac Nader; del 15 de agosto de 2006, radicado 26605, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; del 15 de agosto de 2006, radicado 26605, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; del 26 de octubre de 1998, Radicado 6038; del 24 de abril de 1997, radicado 9435, M.P. Francisco Escobar Henríquez.</p>	<p><i>CATEGORÍA: De carácter específico o restringido a EST.</i></p>
---------------------------------------	----------------------	---------------------------	---	--	--

1.7. USO ILEGAL DE ESTs	1.7.2.	ACTIVIDADES PARALELAS	<p>Que el empleado en misión desarrolle por orden del ente beneficiario del servicio labores no incluidas en el contrato, es un indicio de que puede estar haciendo uso de esta figura para realizar intermedios ilegales y externalizar funciones misionales permanentes.</p> <p>La CSJ ha determinado la responsabilidad exclusiva del usuario frente al trabajador en misión, si acuerda con éste actividades paralelas ajenas totalmente a las propias del encargo a que se comprometió la empresa de servicios temporales.</p>	CSJ. Sentencia del 12 de marzo de 1997. Radicado 8978. M.P. José Roberto Herrera Vergara. Sin salvamento de voto.	CATEGORÍA: De carácter específico o restringido a EST. Indicador complementario.
2. RELACIONES LABORALES DIRECTAS ILEGALES					
CRITERIO	Cód.	INDICADOR	DESCRIPCIÓN	SUSTENTO JURISPRUDENCIAL	INTERACCIÓN CON OTROS INDICADORES
2.1. USO ILEGAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	2.1.1.	FUNCIONAL	Ver criterio 1.1.5.		
	2.1.2.	IGUALDAD	Ver criterio 1.1.4.		

2.1. USO ILEGAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	2.1.3.	TEMPO- RALIDAD/ HABITUA- LIDAD	Ver criterio 1.1.1.	
	2.1.4.	AUSENCIA DE AU- TONOMÍA (SUBORDI- NACIÓN)	Ver indicadores del criterio de subordinación (1.2.)	
	2.1.5.	EXEPCIO- NALIDAD	<p>Si la actividad externalizada no es nueva o de carácter excepcional para la entidad pública o privada, es misional o permanente. La jurisprudencia entiende una actividad como <i>nueva</i> o <i>excepcio- nal</i> en el sentido de que requiera un conocimiento especializado, surjan de la necesidad de realizar una redistribución temporal por sobrecarga laboral o no puedan ser desarrolladas por los empleados de planta.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de febrero de 2002, radicado 3530-2001. Sentencia del 25 de enero de 2001, radicado 1654-2000. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 21 de abril de 2004. Radicado No. 22426.</p> <p><i>CATEGORÍA: General o de aplicación universal. Indicador de carácter autónomo.</i></p>	

<p>2.1. USO ILEGAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS</p>	<p>2.1.6.</p>	<p>CONTINUIDAD CONTRACTUAL</p>	<p>Si la actividad se desarrolló haciendo uso de la contratación sucesiva, es misional permanente en tanto se demuestra su requerimiento continuo. La brevedad de los interregnos entre uno y otro contrato complementa esta noción. En el caso del sector público, cuando se permite la externalización temporal por redistribución de funciones debido a la excesiva carga laboral del personal de planta, la entidad está obligada a crear el cargo.</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 0370-2003. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 7 de febrero de 2012, radicado 38863. Sentencia del 1º de marzo de 2011, radicado 40932.</p>	<p><i>CATEGORÍA: General o de aplicación universal. Indicador de carácter autónomo.</i></p>
<p>2.2. USO ILEGAL DE OTROS CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES</p>			<p>Ante la utilización ilegal de otras formas contractuales para eludir responsabilidades y cargas prestaciones con las/los trabajadores o afectar sus derechos laborales colectivos, es pertinente utilizar algunos de los criterios con sus indicadores y algunos indicadores adicionales analizados como aplicación del principio de primacía de la realidad. Son estos los siguientes: Criterio de lo misional permanente (1.1.), subordinación (1.2.), beneficiario del servicio (1.3.), control por el objeto (1.4.), injerencia en la selección de personal (1.5.), contraste de objetos (1.6.), uso de recursos (2.3.), exclusión de la prohibición (2.3.5.).</p>		

<p>2.3. VIOLACIÓN DE LA IGUALDAD POR UNIDAD DE EMPRESA:</p> <p>Respecto del requisito legal de que las actividades deban ser "similares, conexas o complementarias", la CSJ ha dicho que "estos adjetivos están separados por una "o", claramente disyuntiva, lo que significa que no es menester que las sociedades tengan una actividad económica similar, conexas y complementaria, sino que es suficiente que se presente cualquiera de esas condiciones". Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 16 de diciembre de 2009. Radicado 32212. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.</p>	<p>2.3.1.</p>	<p>SIMILITUD DE OBJETOS</p>	<p>Si los objetos sociales del ente que ejerce control y de aquel subordinado presentan una igualdad total o parcial formal, las actividades desarrolladas son "similares". Ver criterio 1.6.1.</p>	<p>Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de diciembre de 2009, radicado 32212. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.</p>	<p>CATEGORÍA: General o de aplicación universal. <i>Autónomo.</i></p> <p>Se ha conjugado con el criterio de la realidad en el objeto (1.6.2) cuando no parece suficiente la comparación de los objetos tal cual se definen en los estatutos de la empresa.</p>
	<p>2.3.2.</p>	<p>REALIDAD EN EL OBJETO</p>	<p>Ver criterio 1.6.2.</p>		
	<p>2.3.3.</p>	<p>USO DE RECURSOS</p>	<p>Si una de las entidades hace uso de recursos, redes y sistemas de información de la otra entidad o su talento humano, las actividades por estas desarrolladas son de carácter "conexo" y "complementario".</p>	<p>Sentencia del 16 de diciembre de 2009, radicado 32212. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.</p>	<p>CATEGORÍA: Criterio específico para la declaratoria de unidad de empresa pero que puede aplicarse para demostrar ilegalidad en la tercerización. <i>Indicador autónomo.</i></p> <p>Se ha utilizado para determinar el carácter de complementarias o conexas de las actividades.</p>
	<p>2.3.4.</p>	<p>CONDICIÓN EN EL OBJETO</p>	<p>Si el carácter de conexas o complementarias de las actividades desarrolladas por las entidades materialmente subordinadas es un requisito estipulado por la compañía matriz para constituir o participar económicamente en las primeras, entonces realizan en efecto, actividades conexas o complementarias.</p>	<p>Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 31 de agosto del 2010, radicado 32060. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.</p>	<p>CATEGORÍA: Criterio específico para la declaratoria de unidad de empresa. <i>De carácter complementario.</i></p> <p>Se utiliza de manera complementaria a los criterios de similitud (1.6.1.) y realidad en el objeto (1.6.2.).</p>

<p>2.3. VIOLACIÓN DE LA IGUALDAD POR UNIDAD DE EMPRESA: ...</p>	<p>2.3.5.</p>	<p>EXCLUSIÓN DE LA PROHIBICIÓN</p>	<p>Así la ley prohíbe la realización de ciertas funciones y se cree o contrate con otra empresa para desarrollarlas, no se excluye por esta prohibición el carácter de similares, complementarias o conexas que puedan tener sus actividades. En un caso en el que un Banco esgrimió la prohibición legal de prestar servicios fiduciarios, dijo la CSJ lo siguiente: <i>"la circunstancia de que el banco legalmente no pudiera desarrollar actividades fiduciarias no significa en modo alguno que las adelantadas a través de su red de servicios no resultaran conexas y complementarias con las que ejecutaba la fiduciaria, como se concluyó en sede de casación"</i>.</p>	<p>Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de diciembre de 2009. Radicado 32212. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.</p>	<p><i>CATEGORÍA: Criterio específico para la declaratoria de unidad de empresa. De carácter complementario.</i></p> <p>Se utiliza de manera complementaria a los criterios de similitud (1.6.1.) y realidad en el objeto (1.6.2.).</p>
<p>GRUPO EMPRESARIAL (ECONÓMICO O CONTRACTUAL)</p>			<p>En el estudio no se hallaron discusiones a cerca de la existencia o no de la figura de Grupo Empresarial en una situación en que se omita declararla para encubrir relaciones laborales y eludir responsabilidades prestacionales. Resulta pertinente señalar que existe una omisión legislativa en el sentido de que de tal declaratoria no parece tener repercusión favorable alguna para las/los trabajadores, sino meramente pecuniarias, aun cuando se corresponde con una dinámica de rediseño empresarial que los perjudica no solamente en sus derechos laborales individuales, sino también colectivos.</p> <p>Sobresale que, en esta figura, una de las circunstancias que son indicativas de subordinación es que en virtud de un acto o negocio se ejerza influencia dominante de la matriz respecto de las subordinadas. Esto es de gran utilidad en relaciones triangulares y en la externalización a través de contratos como el de corretaje o el de agencia comercial que se han venido usando a fin de que la matriz pueda eludir sus cargas prestacionales, las cuales suelen desarrollar su actividad de manera exclusiva para la matriz hacia el logro de un objetivo determinado.</p> <p>En este caso, serían útiles los siguientes criterios e indicadores: Criterio de lo misional permanente (1.1.), subordinación (1.2.), beneficiario del servicio (1.3.), control por el objeto (1.4.), inferencia en la selección de personal (1.5.), contraste de objetos (1.6.), uso de recursos (2.3.3.), exclusión de la prohibición (2.3.5.).</p>		

BIBLIOGRAFÍA

Altas Cortes, OIT.

Cámara de Comercio de Medellín. Inscripciones de situaciones de control y grupos empresariales. Disponible en: <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/guias/Guia---31---2012.pdf>

Colombia. Código de Comercio.

Colombia. Código Sustantivo del Trabajo.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 13 de marzo de 2008. Radicado 0087-07. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 13 de marzo de 2008. Radicado 0087-07. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Radicado 157-08. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 17 de abril de 2008. Radicado 2776-05. Consejero Ponente: Jaime Moreno García. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 17 de abril de 2008. Radicado 2776-05. Consejero Ponente: Jaime Moreno García.

- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 18 de mayo de 2006. Radicado 1553. Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2003. Radicado 0370-03. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de febrero de 2002. Radicado 3530-01. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2003. Radicado 0370-2003. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 22 de junio de 2006. Radicado 5846. Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 23 de junio de 2005, Radicado 245-03.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 26 de enero de 2006. Radicado 0735-05. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 29 de septiembre de 2005. Radicado 2990-05.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 3 de julio de 2003. Radicado 4798-02. Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado 4669. Consejero Ponente: Jaime Moreno García.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 6 de septiembre de 2008. Radicado 2152-062. Consejero Po-

nente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 6 de febrero de 2003. Radicado 2040-02, Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-056 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 2003. M.P. Jaime Córdova Triviño.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-645 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-690 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 287 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-004 DE 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1279 del 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1280 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-166 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-214 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-238 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-457 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-471 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 1º de marzo de 2011. Radicado 40932. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de agosto 30 de 2005. Radicado No. 25505. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de marzo 14 de 2003. Radicado 19047. M.P. Luis Javier Osorio López.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Radicado 35790. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de abril de 2012. Radicado 39600. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 21 de abril de 2004. Radicado 22426. M.P. Eduardo López Villegas. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 7 de febrero de 2012. Radicado 38863 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 22 de abril de 2005. Radicado 23669. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 8 de febrero de 2006. Radicado 25729. M.P. Isaura Vargas Díaz.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 10 de octubre de 2005. Radicado 24057. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de octubre de 1996. Radicado 8698. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de agosto 30 de 2005. Radicado No. 25505. M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de agosto 30 de 2005. Radicado No. 25505. M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López. Salvamento de voto de los magistrados Francisco Javier Ricaurte Gómez y Carlos Isaac Nader. Salvamento parcial y aclaración de voto por parte del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de abril de 1997. Radicación 9435. M.P. Francisco Escobar Henríquez.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 15 de septiembre de 1993. Radicado 5898. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 2 de febrero de 1996. Radicado 7942. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 1 de marzo del 2010. Radicado 35864. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sin salvamento de voto.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 10 de octubre de 1997. Radicado 9881. M.P. Francisco Escobar Hernríquez.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 15 de noviembre de 2001. Radicado 16514. M.P. Isaura Vargas Díaz. Sin salvamento de voto.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 22 de septiembre de 2004. Radicado 23063. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sin salvamento de voto.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 10 de marzo de 2009. Radicado 27623. M.P. Eduardo López Villegas. Sin salvamento de voto.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 10 de octubre de 1997. Radicado 9881. M.P. Francisco Escobar Hernríquez.

- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 22 de septiembre de 2004. Radicado 23063. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sin salvamento de voto.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 10 de marzo de 2009. Radicado 27623. M.P. Eduardo López Villegas. Sin salvamento de voto.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 2 de junio de 2009. Radicado 33082. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 27 de octubre de 1999. Radicado 12187. M.P. José Roberto Herrera Vergara.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 6 de diciembre de 2006. Radicado 25713. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 21 de febrero de 2006. Radicado 25717. M.P. Carlos Isaac Nader
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 15 de agosto de 2006. Radicado 26605, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 12 de marzo de 1997. Radicado 8978. M.P. José Roberto Herrera Vergara. Sin salvamento de voto.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 24 de abril de 1997. Radicado 9435. M.P. Francisco Escobar Henríquez.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 16 de diciembre de 2009. Radicado 32212. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 30 de octubre de 2012. Radicado 36216. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 24 de enero del 2002. Radicado 16415. M.P. Isaura Vargas Díaz.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 23 de septiembre de 2004. Radicado 21552. M.P. Luis Javier Osorio López.

- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 6 de febrero de 2013. Radicado 40498. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 31 de agosto del 2010. Radicado 32060. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de octubre de 1998. Radicado 6038. Citada en la sentencia del 24 de abril de 1997, radicado 9435, M.P. Francisco Escobar Henríquez.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de octubre de 1998. Radicado 6038. Citada en la sentencia del 24 de abril de 1997, radicado 9435, M.P. Francisco Escobar Henríquez.
- Colombia. Decreto 2025 de 2011.
- Colombia. Decreto 3074 de 1968.
- Colombia. Decreto 2798 de 2013.
- Colombia. Ley 1429 de 2010.
- Colombia. Ley 222 de 1995.
- Colombia. Ley 489 de 1998.
- Colombia. Ley 50 de 1990.
- Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 15 de junio de 2006. Radicado 2603.
- Ermida Uriarte, Oscar, y Colotuzo, Natalia, (2009), Descentralización, tercerización y subcontratación. Uruguay, OIT.
- Federación Internacional de Sindicatos de la Química, Energía, Minas e Industrias Diversas –ICEM (). Guía de ICEM sobre subcontratación laboral y contratación por agencias. Disponible en:
- OIT. El ámbito de la relación de trabajo, Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, Ginebra, 2003. P. 6. Disponible en: <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-v.pdf>
- OIT. La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. P. 14. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>
- OIT. Resolución relativa a la relación de trabajo, adoptada en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 91ª reunión, 2003.

- OIT: Conferencia Internacional del Trabajo, 85.a reunión, 1997: Trabajo en régimen de subcontratación, Informes VI, 1) y VI, 2), y, para la 86.ª reunión, 1998: Trabajo en régimen de subcontratación, Informes V (1), V (2A) y V (2B).
- PUIG, Julio y OTROS. (2011). Situación de la subcontratación en América Latina y perspectivas para su regulación. En: Ensayos Laborales. No. 20. Medellín: Ediciones Escuela Nacional Sindical Colombia. Decreto 2025 de 2011. Disponible en: http://www.ens.or.co/index.shtml?sctrl=22&apc=ec--;4;-;-001&scr_22_Go=1
- Sociología del trabajo*
- Amar, Anne y Berthier, Ludovic. Le Nouveau Management Public : Avantages et Limites. RECEMAP, 2007.
- Barthélémy, Jerome. La recherche en gestion, un outil sous utilisé. Sortir les managers des idées reçues. Le Monde, 24/6/2013.
- Boscardín, Juan S. Misión, Visión y Core Business. Definiciones operativas y ejemplos. T.P.M. Universidad Nacional de la Plata (Argentina), 2013.
- Bronstein, Arturo (1999). La subcontratación laboral. OIT.
- Chanson, Guillermo. Réaliser le coeur de métier en externe? Et pourquoi pas... Document de travail. LEM (Lille, Economie & Management). CNRS (2007).
- Deakin, Simon. Evolution de la relation d'emploi. Symposium OIT, 2002.
- Duclos, Laurent, Kerbourc'h, Jean-Yves. Document de travail. Organisation du marché du travail et «flexicurité» à la française, 2000.
- Dupuis, Jean Claude. La responsabilité sociale de l'entreprise: Gouvernance partenariale de la firme ou gouvernance de réseau? Revue d'Economie Industrielle, 2º semestre 2008.
- Ernst & Young. Baromètres. Pratiques et tendance du marché de l'externalisation en France (y Túnez) (Francia 2001, 2003 y 2005; Túnez 2006). INTERNET.
- Fourmont, Nicolas; Gallioz, Stéphanie; Pichon, Alain. Flexibilité du travail et de l'emploi. Contextes, pratiques et stratégies. Les Cahier d'Ivry. Centre Pierre Naville. 2001.
- Fridman, Thomas. La tierra es plana. Breve historia del mundo globalizado del siglo XXI. Editorial Planeta, 2006.

- Gereffi, Gary y otros. The Governance o global Value Chain. Forthcoming in Review of International Political Economy. November 2003.
- Johnson, M. W. ; y otros. Reinventing Your Business Model. Harvard Business Review. December 2008.
- Mazaud, Frédéric. De la firme sous-traitante de premier rang à la firme pivot. Une mutation de l'organisation du système de production d'AIRBUS. Revue d'économie industrielle, 1^o semestre 2006.
- Nicod, Cécile; Paulin, Jean-francois. La subordination en cause. Semaine Sociales Supplément, 28 mars 2011, n°1485.
- OIT. El ámbito de la relación de trabajo, Informe V. Conferencia Internacional del Trabajo 91, 2003.
- OIT (2006). La relación de trabajo. Quinto punto del orden de día. Conferencia Internacional del Trabajo, 95^a reunión.
- Paolo Solano, Sergio. Trabajo, formas de organización laboral y resistencia de las/los trabajadoras de los puertos del Caribe colombiano, 1850-1930. European Review of Latin American and Caribbean Studies, april 2010.
- Petit, Heloise; Thévenot, Nadine. Repenser les frontières du travail subordonné. 2007.
- Quelin, Bertrand, Barthélémy, Jerome. La externalisation stratégique. Revista Les Echos, 2001.
- Quelin, Bertrand. Externalisation stratégique et partenariat: de la firme patrimoniale à la firme contractuelle? Revue Francaise de Gestion. 2003/2 (n°143).
- Torres Carcamo, Nixon. Diferencia entre actividad o función permanente y la actividad o función misional permanente. Portal USO, 27 febrero de 2012.
- Uriarte, Ermida y Colotuzzo N. (2009). Descentralización, tercerización y subcontratación. Uruguay. OIT.
- Zook Chris. Finding Your Next Core Business. Harvard Business Review. April 2007. April 2007.

Ensayos laborales/veintidós
El concepto de lo Misional Permanente y la tercerización ilegal

Se terminó de imprimir en el taller de Pregón S.A.S.,
durante el mes de marzo de 2014,
para la Escuela Nacional Sindical
Medellín, Colombia